Gefahrtragung bei einem unter einer Bedingung, sowie bei einem unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufvertrage.

Inaugural-Dissertation

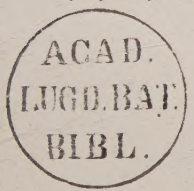
zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen juristischen Fakultät der Georg-August-Universität

zu Göttingen



vorgelegt von

Ludwig Benedict Schlesinger

Referendar am Königlichen Amtsgericht in Frankfurt a. M.

Göttingen 1912.

Druck der Dieterich'schen Universitäts-Buchdruckerei (W. Fr. Kaestner).

Meiner Großmutter

Frau Dr. Pauline Landsberger geb. Loewe

in Liebe und Verehrung gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41548107_0133

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Vorbemerkung 1

A. § 1. Gefahrtragung bei einem unbedingt geschlossenen Kaufvertrage 3

B. Gefahrtragung bei einem unter einer Bedingung geschlossenen Kaufvertrage.

I. Gefahrübergang bei einem suspensiv bedingten Kauf.

§ 2. Das Problem 12

§ 3. Bedeutung einer nach Abschluß eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages eintretenden Unmöglichkeit der Leistung 13

§ 4. Bedeutung der Übergabe des Kaufgegenstandes, bezw. der Eintragung des Eigentums an einer unbeweglichen Sache im Grundbuch auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages während Schwebens der Bedingung 24

§ 5. Sonderfall der von den Parteien vereinbarten Rückziehung des Bedingungseintritts 40

II. § 6. Gefahrübergang bei einem resolutiv bedingten Kauf 44

C. Gefahrtragung bei einem unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufvertrage.

§ 7. Das Problem 50

§ 8. Bedeutung des Wortes „Übergabe“ im § 446 BGB. 52

§ 9. Entspricht das im § 8 der Arbeit gefundene Ergebnis der Billigkeit und wie verhält es sich zu dem im § 446 Abs. 2 Satz 2 BGB. ausgesprochenen Prinzipe: cuius est periculum, eius est commodum? 66

Literaturverzeichnis.

Bothe, Begriff, Zweck und Wirkungen der Bedingungen nach dem bürgerlichen Gesetzbuch des Deutschen Reiches, Rostocker Diss. 1899.

Cohen, Die geschichtliche Entwicklung des Eigentumsvorbehaltes in Grünhuts Zeitschr., Bd. 21, 1894.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4. Aufl. 1903, 5. Aufl. 1910.

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, Recht der Schuldverhältnisse, 1902.

Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts erläutert von Reichsgerichtsräten, Bd. 1 (Komm. d. R. R.).

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Dernburg, Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Deutschen Reiches und Preußens, Bd. 2, 3. Aufl., 1905.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches erläutert, Bd. 3, 1905.

Eccius, Besprechung von: Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich in Gruchots Beitr. Bd. 41.

— Die Gewährleistung wegen Mängel der Sache nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch in Gruchots Beitr. Bd. 43.

— Kurze Erörterungen in Gruchots Beitr. Bd. 50, S. 481 ff.

Emerich, H., Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem BGB. in vergleichender Darstellung, preisgekrönte Straßburger Diss., 1899.

Endemann, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Bd. 1, 9. Aufl., 1903.

Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin, 1889.

Enneccerus-Kipp-Wolf, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 4. u. 5. Aufl., 1909.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, Bd. 64, 66, 69.

Fischer, H. A., Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre in der Rostocker Festschrift für v. Amsberg, 1904.

Goldmann-Lilienthal, Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt, Bd. 1, 2. Aufl., 1903.

Kahn, Gefahrübergang beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt im Recht, 7. Jahrgang, 1903.

Karlowa, Das Rechtsgeschäft und seine Wirkungen, 1877.

Kisch, Wilhelm, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1909.

— Besprechung von: Oertmanns Komm., 1. Aufl., 1899.

— Besprechung von: Titze, Unmöglichkeit in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 44.

Kleineidam, Feodor, Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich, 1900.

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 18. August 1896 nebst dem Einführungsgesetze bearbeitet von Hölder, Schollmeyer, Fischer, Heymann, Schmidt, Habicht, Schultze, Bd. 1, allgem. Teil und Einleitung von Hölder 1900, Bd. 2 Erste Hälfte, Recht der Schuldverhältnisse, 1900 von Friedrich Schollmeyer.

Krahmer, Gegenseitige Verträge, Studien zur Systematik des Reichsrechts, 1904.

Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Eine dogmatische Einführung in das Studium des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1899.

Laband, Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, im Archiv für die ziv. Praxis, Bd. 74, 1889.

Leonhard, R., Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft, 1900.

Martinius, Gefahr beim Kauf, im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 17, 1900.

Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechtes, 5. Aufl., 1910.

Motive zum I. Entwurf, Bd. II, 1888.

Mugdan, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. II, 1899.

Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuche und seinen Nebengesetzen, Bd. 1, 3. u. 4. Aufl., 1910. Bd. 2. 1. Aufl., 1899 u. 3. u. 4. Aufl. 1910.

Planck, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 1907.

Regelsberger, Pandekten, 1893.

Rümelin, M., Der Zufall im Recht. Akademische Antrittsrede, Tübingen 1896.

Staudinger, J. v., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetze, Bd. 1, allgemeiner Teil, erläutert von Loewenfeld-Riezler, 5./6. Aufl., 1910.

— Bd. 2, erläutert von Kuhlenbeck-Kober, 5./6. Aufl., 1910.

Stern, Siegfried, Die Gefahrtragung beim Kaufe, preisgekrönte Marburger Diss., 1909.

Stobbe, Zur Geschichte des deutschen Vertragsrechts, 1855.

Suarez, In den Jahrbüchern für die Preußische Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsverwaltung, Bd. 41, 1833.

Titze, Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem und bürgerlichem Recht, 1900.

— Besprechung von: Kisch, Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit in der kritischen Vierteljahrsschrift, Bd. 45.

Vangerow, von, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen, Bd. 3, 1847.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. 2, 9. Aufl., 1906.

Vorbemerkung.

Im folgenden soll versucht werden, die Frage zu beantworten, wer bei einem bedingt und wer bei einem unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufvertrage die Gefahr zu tragen hat. Für den Gang der Untersuchung sei von vornherein so viel gesagt, daß sich die Untersuchung zunächst nur auf den Fall des bedingten Kaufs erstrecken soll. Beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt kommt es, wie sich weiter unten zeigen wird, auf ganz andere Gesichtspunkte an als beim bedingten Kauf. Methodisch empfiehlt es sich daher, diesen Fall vorläufig auszuscheiden und ihm einen besonderen Abschnitt zu widmen.

Das BGB. hat die Frage, wer bei einem unter einer Bedingung abgeschlossenen Kaufvertrage die Gefahr zu tragen hat, absichtlich nicht geregelt. Man hat es sogar für unzweckmäßig erachtet, hierüber Dispositiv- oder Auslegungsregeln aufzustellen und hat die Lösung dieser Frage „an Hand der einschlagenden Vorschriften" der Wissenschaft und Praxis überlassen[1]).

Als „einschlagende Vorschriften", aus denen die Entscheidung zu entnehmen ist, kommen die §§ 446, 447 BGB. in Verbindung mit den §§ 158, 159 BGB. in Betracht[2]).

1) Vgl. Mot. in Mugdan, Bd. II, S. 180.
2) Vgl. Goldmann-Lilienthal, Bd. I, § 131, 8; S. 482.

Um für den Gang der Untersuchung eine Grundlage zu schaffen, ist es zunächst erforderlich, auf die allgemeine Regelung der Gefahrfrage beim Kauf zurückzugreifen. Denn ist man darüber im Klaren, wie sich die Dinge in den Normalfällen gestalten, so läßt sich leicht die Nutzanwendung auf den speziellen Fall des unter einer Bedingung geschlossenen Kaufvertrages ziehen. Es wird daher im ersten Paragraph auf den Begriff und die Wirkung der Gefahrtragung, sowie auf die Voraussetzungen des Gefahrüberganges auf den Käufer einzugehen sein.

A. § 1. Gefahrtragung bei einem unbedingt geschlossenen Kaufvertrage.

I. Begriff der Gefahrtragung, Voraussetzungen des Gefahrüberganges auf den Käufer.

§ 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. bestimmt für den Regelfall: Mit der Übergabe der verkauften Sache geht die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer über.

Was das BGB. unter Gefahrtragung versteht, sagt es nirgends ausdrücklich. Überall wo das Gesetz mit diesem Begriff operiert, definiert es ihn nicht. Jedoch steht soviel fest, daß im Rechtssinne darunter der Nachteil zu verstehen ist, den jemand durch bloßen Zufall erlitten hat und den der Geschädigte, da ihm kein anderer dafür haftet, selbst zu tragen hat[1]).

Man unterscheidet zwei Arten von Gefahrtragungen.

Solange ein Gegenstand nur zu einer Person in rechtlicher Beziehung steht, ist es selbstverständlich, daß der Schaden, der durch Untergang oder durch wirtschaftliche Verschlechterung der Sache entsteht, nur diese treffen kann.

---

1) Vgl. Komm. d. R. R., Bd. 1, Anm. 1 zu § 446 BGB.

Res perit domino oder casum sentit dominus. Dasselbe muß auch gelten, wenn mehreren Personen dingliche Rechte an einer Sache zustehen. Man redet hier von einem periculum rei, über das das Gesetz nirgends eine Vorschrift aufstellt, und das auch keiner gesetzlichen Vorschrift bedarf, da sich seine Regelung aus der Natur der Sache von selbst ergibt. Es hat nur sachenrechtliche Bedeutung.

Nicht so selbstverständlich liegt der Fall, wenn mehrere Personen zu einander in bezug auf einen Gegenstand in ein obligatorisches Vertragsverhältnis getreten sind, besonders wenn die Sache Gegenstand eines gegenseitigen Vertragsverhältnisses, etwa eines Kaufvertrags, geworden ist.

Oft kommt es vor, daß nach Abschluß eines Kaufvertrages — nur um diesen handelt es sich hier — der Leistungsgegenstand, der zur Zeit des Vertragsschlusses allen von den Vertragsteilen an ihn gestellten Anforderungen entspricht, durch schädigende Zufälle, denen alle menschlichen Vermögenswerte ausgesetzt sind, in seinem Werte herabgemindert oder gar gänzlich untauglich gemacht wird. Wenn § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. von der „Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung" redet, so hat das Gesetz damit diese Fälle im Auge. Es will mit dieser Vorschrift die positive Einwirkung des nach Abschluß des Kaufvertrags zufällig eingetretenen, den Leistungsgegenstand schädigenden Ereignisses auf das bereits bestehende Vertragsverhältnis regeln[1]). Mit anderen Worten, es handelt sich um die Frage, wen von den beiden Vertragsteilen, ob den Verkäufer oder den Käufer der ökonomische Nachteil eines die obligatorisch ergriffene Sache betreffenden

1) Vgl. Endemann, Bd. 1, § 115, 2, S. 648.

Zufalles trifft, und welchen Einfluß beim Kauf als einem gegenseitigen Vertrage ein solcher Zufall auf die Gegenleistung hat[1]). Die hier in Betracht kommende Art der Gefahrtragung nennt man periculum obligationis, die streng von dem oben erwähnten periculum rei zu scheiden ist[2]). Der Unterschied zeigt sich praktisch vor allem darin, daß beide pericula zwar zusammenfallen können und in der Regel auch zusammenfallen werden, daß es aber genügend Fälle gibt, in denen sie auseinanderfallen.

Das Gesetz schweigt sich, wie bereits erwähnt, im § 446, Abs. 1, Satz 1 BGB. über den Tatbestand und die Wirkung der sogen. Gefahrtragung aus. Hierbei hat man aber zu beachten, daß der Kauf ein synallagmatischer Vertrag ist, und daß der erste Titel des 7. Abschnittes des 2. Buches des BGB. für den Kauf wegen seiner hervorragenden Bedeutung nur Sonderbestimmungen enthält. Daher können die gegenseitigen Verpflichtungen, die aus dem Kaufvertrage entspringen, in diesem Titel ihre erschöpfende Regelung nicht finden. Ergänzend kommen also noch die allgemeinen Grundsätze über die gegenseitigen Verträge (§§ 320–27 BGB.) in Betracht. Darüber dürfte auch kaum Streit sein, daß es sich in den §§ 446, 447 BGB. um einen für den Kauf näher präzisierten Fall der im § 323 BGB. generell geregelten sogen. nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung handelt, und zwar „konkretisiert auf den Fall des Untergangs oder der Verschlechterung der verkauften Sache“[3]). Auch im Falle des § 323 BGB. steht nach der herrschenden Ansicht der objektiven Unmöglichkeit das nach Abschluß des

---

2) Vgl. Crome, Bd. 1, I. Abschn., § 11, Ia, S. 69.

2) Vgl. Crome, Bd. 2, § 168, 2, Anm. 13, S. 170.

3) Vgl. Staudinger, Bd. 2, Anm. I zu § 446; Düringer-Hachenburg, Bd. 3, II. Kapitel I, S. 53.

gegenseitigen Vertrages entstandene subjektive Unvermögen des Schuldners gleich[1]).

Wenn also beim gegenseitigen Vertrage die im Gesetz normierten Folgen der Unmöglichkeit der Leistungen eintreten sollen, so muß diese herbeigeführt sein durch einen Umstand, der sich für beide Vertragsteile als Zufall (casus) darstellt, oder wie das Gesetz sich ausdrückt: die dem einen Vertragsteil obliegende Leistung muß ihm „infolge eines Umstandes, den weder er noch der andere Teil zu vertreten hat", unmöglich geworden sein (§ 323 Abs. 1 BGB). Um den Willen des Gesetzes bezüglich der Gefahrfrage endgültig kennen zu lernen, genügt auch der § 323 BGB. allein noch nicht, sondern es ist erforderlich, noch andere gesetzliche Bestimmungen zur Ergänzung heranzuziehen. Denn die Lehre von der Unmöglichkeit ist im BGB. nicht einheitlich geregelt. Die einzelnen in Betracht kommenden gesetzlichen Bestimmungen stehen an verschiedenen Stellen und lassen sich in drei Gruppen zerlegen:

1. in allgemeine Vorschriften (§§ 275, 279–82 BGB.),
2. in solche, die die Verträge betreffen (§§ 306–308 BGB.) und
3. in solche, die sich nur auf gegenseitige Verträge beziehen (§§ 323–325 BGB.)[2]).

Aus den zunächst in Betracht kommenden §§ 275, 323 BGB. ergibt sich soviel, daß vor allem ein Schuldverhältnis, d. h. ein Rechtsgeschäft bereits entstanden und daß das Erfüllungshindernis erst „geworden"[3]) sein muß, damit man

---

1) Vgl. Staudinger, Bd. 2, Anm. 8 zu § 323, a. M. Kuhlenbeck, Bd. 2, I. Abschn., § 11, I a, S. 70.

2) Vgl. Staudinger, Bd. 2, Vorbem. I zu den §§ 275–282, S. 124; Goldmann-Lilienthal, § 97, S. 374.

3) So Kleineidam, § 13, S. 85.

überhaupt von einer nachträglichen Unmöglichkeit reden kann. Es darf sich also nicht um solche Fälle handeln, in denen die Bestimmungen über die der nachträglichen Unmöglichkeit gerade entgegengesetzte ursprüngliche Unmöglichkeit (§§ 306 ff. BGB.) zur Anwendung kommen.

Für den Gefahrübergang auf den Käufer ist die Entstehung des Kaufvertrags aber noch nicht ausreichend, denn im Gegensatz zum römischen Recht, nach dem zum Gefahrübergang die Perfektion des Kaufkontrakts erforderlich, aber auch genügend war, knüpft das BGB. dem deutschrechtlichen Prinzip folgend den Gefahrübergang bei gegenseitigen Verträgen an die Erfüllung und speziell beim Kauf an die Übergabe des Leistungsgegenstandes.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß folgende Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit die Gefahr auf den Käufer übergehen kann:

1. Zwischen dem Verkäufer und dem Käufer muß ein gültiger Kaufvertrag abgeschlossen sein und

2. muß der Verkäufer auf Grund dieses gültig abgeschlossenen Kaufvertrages den Leistungsgegenstand dem Käufer zum Zwecke der Erfüllung übergeben haben.

Diese beiden Voraussetzungen gelten für alle Fälle des Kaufes, gleichgültig ob eine bewegliche oder eine unbewegliche Sache Gegenstand des Kaufvertrages ist.

Jedoch sind im Obligationenrecht zwei Ausnahmen vorgesehen.

Nach Abs. 2 des § 446 BGB. ist nämlich bei Grundstücken der Übergabeakt für den Gefahrübergang nur dann entscheidend, wenn er der Auflassung und Eintragung im Grundbuch vorgeht. Entgegengesetzten Falles bewirkt bereits diese Eintragung den Gefahrübergang. Eine andere Ausnahme betrifft den Fall des Versendungskaufs.

Hier soll statt der Übergabe der Sache an den Käufer bereits die Übergabe an eine Transportperson zum Gefahrübergang genügen (§ 447 Abs. 1 BGB.).

Zum Schlusse dieses Abschnittes sei noch auf eines hingewiesen:

So sicher es ist, daß dem im § 446 BGB. normierten Fall der Gefahr des Unterganges der im § 323 Abs. 1 BGB. geregelte Fall der nachträglichen totalen Unmöglichkeit der Leistung entspricht, so bestritten ist es, was das Gesetz unter Verschlechterung der Sache versteht. Für diesen Begriff steht nur soviel fest, daß das Gesetz damit eine körperliche Verschlechterung der Sache meint, durch welche diese in ihrem wirtschaftlichen Wert herabgemindert wird [1]).

Hierbei ist aber fraglich, ob der Fall der Verschlechterung im § 446 a. a. O. dem im § 323 Abs. 1 BGB. geregelten Fall der teilweisen Unmöglichkeit entspricht. Auf diese Frage, die hier eingehender nicht behandelt werden kann, ist weiter unten etwas näher einzugehen. Hier sei nur soviel gesagt, daß m. E. eine Leistung auch dann teilweise unmöglich ist, wenn der Leistungsgegenstand nur noch in verschlechterter Qualität geliefert werden kann [2]). Denn die Entscheidung der Frage, ob eine teilweise Erfüllung anzuerkennen ist oder nicht, hängt nicht von der Teilbarkeit der Leistung im sachenrechtlichen Sinne ab, sondern es kommt lediglich auf die vom Inhalt des Schuldverhältnisses abhängige Teilbarkeit der obligatorischen Verpflichtung an [3]).

1) Vgl. Standinger, Bd. 2, Anm. 2b zu § 446 BGB.

2) Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolf, Bd. 1, § 270 III, S. 119; Staudinger, Bd. 2, Anm. III zu § 275 u. A.

3) Vgl. Krahmer, § 5, S. 49; Dangerow, Pand. Bd. 3, § 567, Anm. 2 S. 7.

II. Wirkungen der Gefahrtragung.

Was die Wirkungen der Gefahrtragung anlangt, so steht so viel fest, daß ein Untergang oder eine Verschlechterung des Kaufgegenstandes den Ansprüchen des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises dann nicht mehr schadet, wenn die Kaufsache dem Käufer übergeben ist. Oder vom Standpunkt des Käufers aus betrachtet, hat der Gefahrübergang nach BGB. die Bedeutung, daß der Käufer im Falle eines zufälligen Unterganges oder einer zufälligen Verschlechterung der gekauften Sache seiner Verpflichtung, den Kaufpreis zu zahlen, voll und ganz nachzukommen hat, wenn diese Ereignisse nach dem Gefahrübergang eintreten. Geht dagegen der Kaufgegenstand nach Abschluß des Vertrages, aber vor der Übergabe an den Käufer unter, so ist die Gefahr beim Verkäufer geblieben, d. h. er verliert gemäß § 323 Abs. 1 BGB. seinen Anspruch auf die Gegenleistung, er hat also keinen Anspruch auf Zahlung des Kaufpreises; auch das ist in der Literatur unbestritten.

Sehr kontrovers ist aber die Frage, welche Wirkungen eintreten, wenn die Gefahr der Verschlechterung[1]) beim Verkäufer geblieben ist.

1) Es handelt sich hier um eine Verschlechterung, die nicht derartig sein darf, daß die Leistung nicht mehr als die geschuldete angesehen werden kann. In diesem Falle, in dem ein völliges Unmöglichwerden

Diese Frage hängt mit dem in der Literatur herrschenden Streit zusammen, ob und inwieweit die für alle gegenseitigen Verträge geltenden allgemeinen Vorschriften neben den Gewährleistungsansprüchen der §§ 459 ff. BGB. zur Anwendung kommen können.

Hier stehen sich zwei Ansichten scharf gegenüber.

Die einen wollen auch hier die allgemeinen Vorschriften des § 323 Abs. 1 BGB. angewandt wissen[1]), während nach einer anderen Ansicht dieser Fall in den §§ 459 ff. BGB. seine erschöpfende Regelung finden soll, sodaß für die allgemeinen Vorschriften kein Raum mehr bleibt[2]).

Diese Frage im einzelnen zu behandeln, würde über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen. Verfasser muß sich daher damit begnügen, diese Frage in aller Kürze zu berühren, besonders da das Problem unter beiden Gesichtspunkten betrachtet werden soll.

M. E. — und damit schließe ich mich der Ansicht Krahmers an[3]) — enthält die Unmöglichkeit einen ganz anderen Tatbestand, als die in den §§ 459 ff. BGB. geregelte Mängelhaftung, sodaß von einem Ausschließen der allgemeinen Vorschriften durch die Sonderbestimmungen der §§ 459 ff. BGB. keine Rede sein kann[4]).

Nun kann es vorkommen, daß in einem besonderen konkreten Tatbestand eines Rechtsfalles beide gesetzlichen Tatbestände vereinigt sind. In diesem Falle liegt dann das

---

der Leistung vorliegt, kommen die Vorschriften über Gefahrtragung des zufälligen Unterganges in Anwendung (vgl. Enneccerus-Kipp-Wolf Bd. 1, a. a. O., Anm. 6).

1) So Windscheid-Kipp, Bd. 2 § 395 u. A.

2) So vor allem Titze, Unmöglichkeit § 13, Anm. 45, S. 277, sowie in Kr. V. J. Schr. Bd. 45, S. 377; Eccius in Gr. Bd. 43, S. 306/7.

3) Vgl. § 113, S. 122.

4) Vgl. Krahmer, a. a. O.

vor, was Krahmer[1]) Idealkonkurrenz nennt und zwar im Zivilrecht mit der Wirkung, daß der Berechtigte das Recht hat, zwischen § 323 BGB. und den §§ 459 ff. BGB. zu wählen[2]).

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. unter dem Begriffe „Gefahr einer zufälligen Verschlechterung" nichts anderes versteht, als die im § 323 Abs. 1 BGB. normierte nachträgliche teilweise Unmöglichkeit. Demzufolge mindert sich beim Kaufe der Kaufpreis nach Maßgabe der §§ 472, 473 BGB., wenn die Gefahr der Verschlechterung beim Verkäufer geblieben ist[3]).

1) a. a. O.

2) Vgl. Krahmer, a. a. O.; Stern, § 10 h, S. 46 u. A.

3) Der Vollständigkeit halber sei bemerkt, daß die oben entwickelten Grundsätze nur gelten, wenn eine Speziessache Gegenstand eines Kaufvertrages ist. Für eine Gattungsschuld gelten sie an sich nicht, da genus perire non censetur; aber auch für sie kommen die oben entwickelten Regeln in Anwendung, sobald eine Konzentration stattgefunden hat; dann ist die Gattungsschuld zur Speziesschuld geworden.

B. Gefahrtragung bei einem unter einer Bedingung geschlossenen Kaufvertrage.

I. Gefahrübergang bei einem suspensiv bedingten Kauf.

§ 2. Das Problem.

Die Beantwortung der Frage, wer bei einem aufschiebend bedingten Kauf die Gefahr zu tragen hat, bietet für den Fall keine Schwierigkeiten, in dem die Übergabe der Sache, bei einem Grundstück eventuell die Eintragung des Eigentums für den Käufer im Grundbuch vor Eintritt der Bedingung noch nicht erfolgt ist. Daß in diesem Falle in der Zeit der Schwebe die Gefahr beim Verkäufer geblieben ist, ist selbstverständlich und bedarf keiner näheren Erörterung.

Ebenso unstreitig ist, daß die Gefahr noch nicht auf den Käufer übergegangen sein kann, wenn eine Übergabe, bezw. eine eventuelle Eintragung in der Schwebezeit zwar erfolgt, aber das als Bedingung gesetzte Ereignis später nicht eingetreten ist. Schon die Quellen bestimmen in der l. 8 pr. D. de peric. et comm. 18,6: Quod si sub conditione[1])

1) Unter conditio verstehen die Quellen stets eine Suspensivbedingung.

res venierit, si quidem defecerit conditio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio.

Tritt also die Bedingung überhaupt nicht ein, so ist die eine oben entwickelte Voraussetzung, nämlich ein gültig abgeschlossener Kaufvertrag entfallen, da der Fall in seiner Wirkung dann genau so liegt, als sei überhaupt kein Kaufvertrag zustande gekommen. Das gilt gleichmäßig für das römische Recht wie für das BGB.[1]).

Es bleibt also nur noch ein Fall übrig, nämlich der, daß der Kaufgegenstand pendente conditione dem Käufer bereits übergeben, bezw. das Eigentum an einem Grundstück für den Käufer eingetragen wird, und daß den Leistungsgegenstand in dieser Zeit, einer Zeit der Ungewißheit darüber, ob das bedingende Ereignis eintreten wird oder nicht, ein zufälliges, schädigendes Ereignis trifft. Wer hat in diesem Falle, wenn die Suspensivbedingung später eintritt, den obligatorischen Nachteil zu tragen, der Verkäufer oder der Käufer? Die Beantwortung dieser Frage soll in Folgendem einen Hauptgegenstand unserer Erörterung bilden.

§ 3. Bedeutung einer nach Abschluß eines aufschiebend bedingten Kaufvertrags eintretenden Unmöglichkeit der Leistung.

Vergegenwärtigen wir uns noch einmal, daß das Gesetz im § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. die Folgen der Einwirkung der nachträglichen Unmöglichkeit auf den bereits abgeschlossenen Kaufvertrag hat normieren wollen. Wie wir bereits in dem ersten Paragraphen ausgeführt haben, muß vor allem, damit man von einer nachträglichen Unmög-

1) Vgl. Titze, § 13, I, S. 258; Bothe, § 8, I S. 44 u. A.

lichkeit sprechen kann, ein vollgültig abgeschlossener Kaufvertrag vorliegen.

Es ist daher im Folgenden zu untersuchen, ob das unter einer aufschiebenden Bedingung abgeschlossene Rechtsgeschäft in seinem Begriff und in seinen Voraussetzungen mit dem unbedingten Rechtsgeschäft übereinstimmt, oder ob beide Rechtsgeschäftsarten von einander abweichen.

Zur Beantwortung dieser Frage ist es zunächst erforderlich, auf die allgemeinen Bestimmungen des Gesetzes über die Rechtsgeschäfte und die Bedingungen etwas näher einzugehen. Denn kommen wir zu dem Ergebnis, daß bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag ein Rechtsgeschäft noch nicht entstanden ist, so ist es, wie bereits erwähnt, schon aus logischen Gründen unmöglich, von einer *nachträglichen* Unmöglichkeit zu reden. In diesem Falle wäre die erste Voraussetzung für den Gefahrübergang auf den Käufer entfallen, und es erübrigte sich, auf die zweite Voraussetzung, die Übergabe, einzugehen.

Ein unter einer Suspensivbedingung geschlossener Kaufvertrag weicht vom Regelfalle ab. Denn normaler Weise äußert ein Kaufvertrag wie jedes Rechtsgeschäft unter Lebenden sofort mit dem Zeitpunkt des Geschäftsabschlusses seine Wirkungen. Anders bei einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäft! Hier treten die normalen Rechtswirkungen, d. h. die des gewollten unbedingten Rechtsgeschäfts, erst mit dem Eintritt des bedingenden Ereignisses ein (§ 158, Abs. 1 BGB.), die Geschäftserrichtung und die letzten Endes gewollten Rechtsfolgen fallen zeitlich auseinander.

Um in der Beantwortung unserer Frage einen Schritt weiter zu kommen, müssen wir zunächst prüfen, welche Wirkungen eine Suspensivbedingung auf ein Rechtsgeschäft ausübt. Ehe man aber dieser Frage näher treten kann,

ist zu beachten, daß ein Rechtsgeschäft aus mehreren Elementen besteht, und es ist daher erforderlich, zu untersuchen, welches von diesen Elementen von dem in der Zukunft eventuell eintretenden bedingenden Ereignisse abhängig gemacht ist.

Darüber gibt es drei verschiedene Theorien.

Nach der einen Ansicht ist der Wille des Erklärenden bedingt. Diese Theorie kann wohl als allgemein überwunden betrachtet werden, da sie mit etwas logisch Unmöglichem operiert. Denn dem bedingten liegt ebenso wie dem unbedingten Rechtsgeschäft ein fertiger Willensentschluß zugrunde und dieser Enschluß ist eine gegenwärtige Tatsache, d. h. eine Tatsache, die in der Gegenwart entweder da ist oder nicht da ist. Eine solche in der Gegenwart existierende Tatsache kann nicht von einem zukünftigen Ereignis abhängig sein[1]). Abgesehen davon kann diese aus dem gemeinen Rechte stammende Theorie für unser heutiges Recht schon aus dem Grunde nicht mehr in Betracht kommen, da sie dem klaren Wortlaut des § 158 Abs. 1 BGB. widerspricht.

Nach einer anderen Ansicht soll die ganze Existenz des Rechtsgeschäfts, und nach einer dritten Meinung endlich sollen nur die rechtlich gewollten Wirkungen des Rechtsgeschäfts von dem in der Zukunft eintretenden Ereignis abhängig sein.

Nach der zuletzt angeführten Theorie sollen also nur die Rechtswirkungen, die sich an eine Willenserklärung[2])

---

1) Vgl. Enneccerus, Rechtsgeschäft ꝛc., § 19, S. 177; Karlowa, 5. Kap., § 13, S. 77, beſ. Anm. 1, S. 80; Staudinger, Bd. 1, Vorbem. 4 zu §§ 158 ff. BGB.; Bothe, § 1, S. 8.

2) Für unsere Arbeit ist es erlaubt die Ausdrücke „Willenserklärung“ und „Rechtsgeschäft“ als gleich bedeutend zu gebrauchen, ohne darauf irgendwie einzugehen, ob nicht der Begriff „Rechtsgeschäft“ weiter reiche als der Begriff „Willenserklärung“.

knüpfen, also nur der Inhalt des durch die Erklärung in die Erscheinung getretenen Willens, von dem bedingenden Ereignis abhängig gemacht sein, nicht die Existenz des Rechtsgeschäfts selbst.

Bereits auf den ersten Blick hat es den Anschein, als habe sich das Gesetz auf den Boden dieser Theorie gestellt, da nach § 158 Abs. 1 BGB. die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung des Rechtsgeschäfts erst mit dem Eintritte des bedingenden Ereignisses eintreten soll.

Dem ist aber entgegengehalten worden, daß der Inhalt eines Rechtsgeschäfts identisch sei mit der Existenz desselben [1]).

Ehe wir zu dieser Frage im einzelnen Stellung nehmen, müssen wir uns Folgendes vergegenwärtigen.

Bei jedem Rechtsgeschäft ist bekanntlich zu unterscheiden der Tatbestand und die Rechtswirkung, die sich an den gegebenen Tatbestand anschließt. Damit hängt es auch zusammen, daß man das Wort „Rechtsgeschäft" in einem doppelten Sinne gebraucht [2]). Man kann darunter den Errichtungsakt, d. h. das reine Setzen des Tatbestandes verstehen ohne Rücksicht darauf, ob sich an diesen Tatbestand die gewollten Wirkungen tatsächlich anschließen oder nicht. Man kann aber auch sagen, daß der Begriff „Rechtsgeschäft" nicht nur den Tatbestand, sondern auch die gewollten Rechtsfolgen mit umfaßt, daß also Tatbestand und Rechtsfolgen gemeinsam den Begriff „Rechtsgeschäft" ausmachen.

Ebenso wie der Begriff „Rechtsgeschäft", so weist auch der Ausdruck „Existenz des Rechtsgeschäfts" dieselbe Zweideutigkeit auf [3]), und es ist daher für die Frage, ob ein

1) Vgl. Hölder, Vorbem. I zum 4. Titel, S. 342.

2) Vgl. R. Leonhard, § 68, I, S. 254; Regelsberger, Pand., § 135, II, S. 488.

3) Vgl. R. Leonhard, a. a. O. Anm. 2, S. 257.

unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossener Kaufvertrag bereits zur Existenz gekommen ist oder nicht, wichtig, festzustellen, in welchem Sinne das Gesetz den Begriff „Rechtsgeschäft" aufgefaßt wissen will. Denn das Gesetz operiert mit den Ausdrücken „Willenserklärung" und „Rechtsgeschäft" als gegebenen Begriffen, ohne an irgend einer Stelle eine ausdrückliche Definition zu geben.

In Folgendem muß zu dieser Frage kurz Stellung genommen werden. Selbstverständlich kann hier nicht eine eingehende Untersuchung angestellt werden, da diese Frage für sich allein eine Spezialuntersuchung erfordern würde.

Für die Ansicht, daß erst die beiden Faktoren: Tatbestand und Rechtsfolge sozusagen das Ergebnis: „Rechtsgeschäft" liefern, spricht vor allem der Umstand, daß in der Regel — wenigstens bei Rechtsgeschäften unter Lebenden — die Äußerung des Willens seitens des Erklärenden sofort Rechtswirkungen nach sich zu ziehen pflegt. Man hat daher gesagt, die Rechtsgeschäfte werden von dem Prinzip der Simultanität beherrscht, die Geschäftserrichtung und die Rechtsfolgen verhalten sich demnach zueinander wie Ursache und Wirkung und zwischen diesen ist eine zeitliche Trennung begrifflich undenkbar [1]), oder, wie Hölder [2]) sagt, Rechtsgeschäftsinhalt und Existenz des Rechtsgeschäfts sind identisch.

Nach dieser Ansicht kommt ein aufschiebend bedingtes Rechtsgeschäft erst mit dem Bedingungseintritt zur Entstehung.

Von dieser Theorie wird von vornherein ein großer Teil der Rechtsgeschäfte garnicht mit umfaßt, nämlich sämtliche Rechtsgeschäfte von Todeswegen, die doch kraft ihrer natür-

1) So Enneccerus, Rechtsgeschäft ꝛc, § 15, S. 159; Karlowa, § 13, S. 77 ff. 2) a. a. O.

lichen Bestimmung sofort mit ihrer Errichtung die gewollten Rechtswirkungen garnicht äußern können. Trotzdem sind diese Rechtsgeschäfte ebenso unbedingt errichtet wie die Rechtsgeschäfte unter Lebenden. Wohl sind bei ihnen die Rechtswirkungen zur Zeit der Errichtung ungewiß, weil sie von dem Eintritt mehrerer erst in der Zukunft eventuell eintretender Ereignisse abhängig sind, wie vor allem von dem Erleben des Erbfalls seitens der Erben. Hier handelt es sich aber um conditiones iuris, nicht um Bedingungen in unserem Sinne. Daß es sich bei ihnen um unbedingte Rechtsgeschäfte handelt, ergibt sich ferner aus dem Umstande, daß nach dem Gesetz die Rechtsgeschäfte von Todeswegen wiederum von einer Bedingung in unserem Sinne abhängig gemacht werden können.

Hier haben wir also Rechtsgeschäfte, bei denen der Errichtungsakt und die Rechtsfolgen, also Ursache und Wirkung, zeitlich auseinanderfallen.

Dazu kommt noch, daß das Gesetz in den §§ 134, 138 BGB. von nichtigen Rechtsgeschäften redet. Es wendet also diesen Begriff auf Willenserklärungen an, in denen nur der Tatbestand des gewollten Rechtsgeschäfts enthalten ist und auch nur enthalten sein kann, da ein solcher Tatbestand kraft der ihm innewohnenden Nichtigkeit von vornherein nicht mit Rechtswirkungen begabt sein kann.

Diesen beiden Erscheinungsformen des Rechtsgeschäftsinstituts wird der obige Erklärungsversuch in keiner Weise gerecht, und wir sehen aus beiden Erscheinungsformen, daß das BGB., wenn es mit dem Begriff „Rechtsgeschäft" operiert, nur den Tatbestand und nicht die von diesem streng zu trennenden Rechtswirkungen versteht[1]).

1) Vgl. Oertmann, Bd. 1, Vorbem. 1, 2 b zu §§ 104 ff., S. 296; R. Leonhard, § 88, III, Anm. 4, S. 396; Bothe, § 1, S. 10.

Wenn nun das Gesetz bereits bei Vorliegen eines Tatbestandes, der nicht die geringsten Rechtswirkungen äußert, von einem Rechtsgeschäft redet, umso viel mehr wird das Gesetz diesen Begriff auf einen Tatbestand angewandt wissen wollen, der sofort nach dem Errichtungsakt zwar nicht die endgültig gewollten, jedenfalls aber Rechtswirkungen, nämlich die von Zitelmann sogen. Interimswirkungen im Gefolge hat[1]). Und gerade durch diese Interimswirkungen unterscheiden sich die bedingten Rechtsgeschäfte von den zukünftigen, die das Gesetz streng von den bedingten unterscheidet.

Wie sehr das Gesetz mit bedingten Rechten als mit gegenwärtigen realen Werten rechnet, geht nicht nur aus dem BGB., sondern auch aus anderen Gesetzen hervor. So werden z. B. im Konkurse aufschiebend bedingte Forderungen berücksichtigt, obwohl die Konkursmasse nur zur Befriedigung derjenigen persönlichen Gläubiger dienen soll, die zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens einen begründeten Vermögensanspruch gegen den Gemeinschuldner haben (vgl §§ 67, verb. mit §§ 154, 156, 168 Nr. 2, 169, auch 96 KO.)[2]). Ein Rechtsgeschäft, mit dem das Gesetz in dieser Weise rechnet, kommt nicht erst in der Zukunft zur Existenz. Sonst hätte die KO. mit demselben Rechte eine zukünftige Forderung in gleicher Weise berücksichtigen können. Und umgekehrt läßt sich wohl nicht mit Unrecht der Schluß ziehen, daß ein bedingtes Recht deshalb vom Gesetz als Vermögensbestandteil betrachtet wird, weil es bereits zur Entstehung gelangt ist. Sonst dürfte sich kaum eine Erklärung dafür finden lassen, daß das Gesetz die bedingte Forderung so unterschiedlich von der zukünftigen behandelt.

---

1) Vgl. R. Leonhard, § 89, IV, S. 406.
2) Vgl. RG. Bd. 69, S. 421.

Aus allen diesen Umständen erhellt, daß ein suspensiv bedingtes Rechtsgeschäft bereits mit dem Errichtungsakt im Sinne des Gesetzes entstanden ist. Außerdem wird diese Auffassung, wie schon oben angedeutet, durch den Wortlaut des Gesetzestextes in § 158, Abs. 1 BGB. unterstützt.

Ferner wird die Richtigkeit dieser Auffassung durch einige die Unmöglichkeit betreffenden Gesetzesvorschriften bestätigt, die ihrerseits wiederum durch die oben entwickelte Auffassung ihre zwanglose Erklärung finden.

Folgt man nämlich der Auffassung, daß das Rechtsgeschäft erst mit dem Eintritte des bedingenden Ereignisses zur Existenz kommt, so muß man folgerichtig bei einer pendente conditione eingetretenen, zur Zeit des Bedingungseintritts noch bestehenden Unmöglichkeit nicht nachträgliche, sondern ursprüngliche Unmöglichkeit annehmen. Diese Konsequenz ist auch von Schollmeyer[1]) gezogen worden. Nach ihm liegt in diesem Falle nicht nachträgliche, sondern ursprüngliche Unmöglichkeit vor. Daß Schollmeyer mit dieser Ansicht an zwei anderen Stellen[2]) mit sich selbst in Widerspruch gerät, darauf haben Titze[3]) und Kleineidam[4]) schon aufmerksam gemacht. Außerdem widerspricht diese Ansicht dem Standpunkt des Gesetzes. Das ergibt sich nicht nur aus der oben entwickelten Auffassung vom Rechtsgeschäft, sondern auch aus einigen die Unmöglichkeit betreffenden Bestimmungen, die mit der oben entwickelten Auffassung in vollem Einklang stehen, ja die sich in die obige Erklärung geradezu harmonisch einordnen und die den Beweis liefern,

---

1) In seinem Komm. Anm. 2b zu § 275 BGB.
2) a. a. O., Anm. 2b zu § 281 u. Anm. 2 zu § 308 BGB.
3) § 3, Anm. 4, S. 54.
4) § 13, Anm. 22, S. 88.

daß die obige Auffassung des Rechtsgeschäftsbegriffs die richtige ist.

So bestimmt § 306 BGB., daß ein auf eine unmögliche Leistung „gerichteter" Vertrag nichtig sein soll. Das Wort „richten" bedeutet eine Tätigkeit, daher kann ein Vertrag auf eine unmögliche Leistung nur dann gerichtet sein, wenn die Unmöglichkeit schon zur Zeit des Vertragsschlusses, also zu einer Zeit besteht, in der die Parteien noch einen Einfluß auf den Leistungsgegenstand ausüben können. Tritt die Unmöglichkeit nach Vertragsabschluß ein, so bedeutete es einen logischen Widerspruch, wollte man sagen, ein Vertrag ist auf eine unmögliche Leistung „gerichtet". Denn haben die Parteien durch den Vertragsabschluß den Stein bereits ins Rollen gebracht, so liegt es nicht mehr in ihrer Hand, den Vertrag auf eine bestimmte Leistung zu „richten". Dasselbe gilt für die suspensiv bedingt geschlossenen Verträge, ohne daß es hierzu noch näherer Ausführungen bedarf [1]).

Eine Bestätigung dürfte diese Auffassung ferner im § 308 BGB. finden, dessen Auslegung bei Zugrundelegung unseres oben entwickelten Erklärungsversuchs keine Schwierigkeiten mehr bereiten kann. M. E. kann der Sinn dieser Vorschrift kein anderer sein als folgender:

Ist die Leistung zur Zeit des Abschlusses eines bedingten Vertrages unmöglich, so müßte er an sich gemäß § 306 BGB. nichtig sein, da der Vertrag auf eine unmögliche Leistung „gerichtet" ist. Ausnahmsweise jedoch soll ein solcher Vertrag unter den im § 308 BGB. angegebenen Voraussetzungen trotz der bestehenden ursprünglichen Unmöglichkeit

---

1) Vgl. auch Titze, § 3, S. 53; Kleineidam, § 5, S. 29; Kisch, § 4, I, S. 27; H. A. Fischer in der Rostocker Festschrift für v. Amsberg, III, S. 43.

der Leistung gültig sein. Wollte man aber für die Entscheidung, ob bei einem aufschiebend bedingten Vertrag ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, den Zeitpunkt des Bedingungseintritts als maßgebend ansehen, so wäre § 308 BGB. überflüssig. Denn dann wäre es selbstverständlich, daß eine zur Zeit des Bedingungseintritts nicht mehr bestehende Unmöglichkeit auf den jetzt erst entstehenden Vertrag ohne jeglichen Einfluß ist[1]). Beachten wir weiter, daß die Kenntnis der Unmöglichkeit denjenigen Vertragsteil zum Schadensersatz verpflichtet, der „bei der Schließung eines Vertrages" die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß (§ 307, Abs. 1, Satz 1 BGB.)! Auch von dieser Vorschrift sind die bedingten Verträge keineswegs ausgenommen. Wieder also ein Beweis, daß das Gesetz für die Entscheidung, ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt, lediglich den Zeitpunkt der Vertragserrichtung, also den Zeitpunkt, in dem der Tatbestand des Rechtsgeschäftes gesetzt wird, als maßgebend betrachtet wissen will, ganz gleichgültig, ob die von den Parteien letzten Endes gewollten Rechtswirkungen sofort eintreten oder nicht[2]).

Endlich würde die Annahme, daß bei einer pendente conditione eintretenden Unmöglichkeit ursprüngliche Unmöglichkeit vorliege, zu einem geradezu widersinnigen Ergebnis führen. In diesem Falle müßte ein Schuldner für ein in der Schwebezeit eintretendes Unvermögen haften, während der unbedingt verpflichtete Schuldner für ein nach Vertragsabschluß eintretendes Unvermögen nicht einzustehen brauchte. Denn nach § 275 Abs. 2 BGB. steht nur ein nachträgliches Unvermögen der nachträglichen Un-

1) Vgl. Oertmann, Bd. 2, Anm. 1 γ zu § 306 BGB.
2) Vgl. Endemann, Bd. 1, § 124, 1 b, Anm. 9, S. 693.

möglichkeit gleich, nicht ein ursprüngliches Unvermögen der ursprünglichen Unmöglichkeit [1]).

Endlich gelangen diejenigen, die sich auf den gegnerischen Standpunkt stellen und der Ansicht folgen, daß ein Rechtsgeschäft im Sinne des Gesetzes nur dann vorliege, wenn ein bestimmter Tatbestand sofort die gewollten Rechtswirkungen äußere, zu sehr künstlichen Konstruktionen, es sei denn, daß man eine pendente conditione eintretende Unmöglichkeit als ursprüngliche auffaßt. So glaubt Kleineidam [2]), daß hier an sich weder ursprüngliche noch nachträgliche Unmöglichkeit vorliege, sondern daß in diesem Falle das Gesetz eine Lücke gelassen habe, die die Rechtstheorie durch analoge Anwendung der Vorschriften über die nachträgliche Unmöglichkeit auszufüllen habe. Zu dieser künstlichen Konstruktion kann Kleineidam nur durch seine nicht richtige Auffassung vom Rechtsgeschäftsbegriff gekommen sein. Denn nach ihm ist ein Schuldverhältnis gemäß § 241 BGB. erst dann entstanden, wenn der Gläubiger berechtigt ist, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern [3]). M. E. dürfte es aber verfehlt sein, sich für die Frage, wann ein Schuldverhältnis zur Entstehung kommt, auf § 241 BGB. zu beziehen, da es sich in diesem Paragraphen lediglich um die, wie wir oben gesehen haben, streng von dem Tatbestand des Rechtsgeschäfts zu scheidenden Rechtswirkungen eines normalen Schuldverhältnisses handelt. Wann ein Schuldverhältnis entsteht, beantwortet uns nicht § 241 BGB., sondern § 305 BGB., der nichts anderes sagt, als daß zur rechtsgeschäftlichen Begründung eines Schuldverhältnisses das Schließen eines Ver-

1) Vgl. Oertmann, Bd. 2 a. a. O.; Kisch, § 4, I, 2 d, S. 30.

2) § 13, S. 89 und ihm folgend Planck, Bd. 2, Anm. 2 zu § 275 u. H. A. Fischer, a. a. O., S. 43.

3) Kleineidam a. a. O., S. 88.

trages, also mit anderen Worten das Setzen eines Tatbestandes erforderlich ist.

Schon diese künstlichen Konstruktionsversuche zeigen uns, daß die gegnerische Auffassung nicht die richtige sein dürfte, schon weil sie den oben angeführten Fällen überhaupt nicht, oder nur durch Zwang gerecht wird, während diese durch die in vorliegender Arbeit vertretene Ansicht ihre zwanglose und natürliche Erklärung finden.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß ein unter einer aufschiebenden Bedingung zustandegekommener Kaufvertrag bereits in dem im § 1 unserer Arbeit entwickelten Sinne zur Entstehung gekommen, und daß eine pendente conditione eintretende Unmöglichkeit als nachträgliche aufzufassen ist [1]). M. E. ergibt sich aus dem Vorhergehenden, daß sich dieses Ergebnis durchaus folgerichtig aus dem Gesetze heraus entwickeln läßt, und daß für diesen Standpunkt nicht hauptsächlich „praktische Gründe bei unsicherer theoretischer Begründung" [2]) sprechen.

Die erste vom Gesetz für den Gefahrübergang auf den Käufer geforderte Voraussetzung ist also erfüllt.

§ 4. Bedeutung der Übergabe des Kaufgegenstandes, bezw. der Eintragung des Eigentums an einer unbeweglichen Sache im Grundbuch auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages während Schwebens der Bedingung.

Wie wir im vorigen Paragraphen gesehen haben, genügt das Vorhandensein eines unter einer aufschiebenden

---

1) So auch Titze, § 3, S. 54; Eneccerus-Kipp-Wolf, Bd. 1, § 268 a, 1, S. 113.

2) So Oertmann, a. a. O.

Bedingung geschlossenen Kaufvertrages zur Begründung einer nachträglichen Unmöglichkeit.

Damit aber von einem Gefahrübergang auf den Käufer die Rede sein kann, muß noch ein zweites Moment hinzukommen, die Erfüllung, speziell beim Kauf die Übergabe, eventuell beim Kauf einer unbeweglichen Sache die Eintragung im Grundbuch.

Aus Zweckmäßigkeitsgründen soll im Folgenden zunächst nur die Frage für den Fall behandelt werden, daß eine bewegliche Sache den Gegenstand eines suspensiv bedingten Kaufvertrages bildet. Für die Immobilien ergibt sich die Lösung der Frage dann ganz von selbst.

Unterstellen wir, daß der Verkäufer auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages den Kaufgegenstand pendente conditione dem Käufer, bezw. beim Versendungskauf einer Transportperson übergeben, ja gehen wir, um etwaigen Einwendungen von vornherein die Spitze abzubrechen, noch weiter und unterstellen wir, daß er dem Käufer an der gekauften Sache durch die Übergabe sogar das volle Eigentum daran verschafft hat[1])! Ist in diesem Falle, in dem der Verkäufer bereits allen seinen vertragsmäßigen Verpflichtungen genügt hat, die Gefahr auf den Käufer übergegangen? oder anders ausgedrückt, besitzt eine auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages erfolgte Übergabe gefahrübertragende Kraft? Das ist die Frage, deren Be-

1) Es sei hier bemerkt, daß die termini „Übergabe" und „Erfüllung" in diesem Paragraphen als gleichwertige Begriffe gebraucht werden. Auf die Frage der Berechtigung des gleichwertigen Gebrauchs sei später bei der Behandlung der Gefahrtragung beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt eingegangen. Für die hier zu behandelnde Frage ist, wie sich im Verlauf der Arbeit zeigen wird, der gleichwertige Gebrauch zum mindesten unschädlich.

antwortung wir uns in diesem Paragraphen zur Aufgabe stellen. Daß eine Übergabe in dem soeben angedeuteten Sinne zum mindestens möglich ist, darüber dürften wohl kaum Zweifel bestehen, da prinzipiell das dingliche Vollzugsgeschäft infolge seiner abstrakten Natur von dem zugrundeliegenden Kausalgeschäft streng zu trennen ist.

Ehe wir auf die Beantwortung der uns gestellten Frage eingehen, ist es zunächst erforderlich, kurz auf die dem § 446 BGB. zugrundeliegende ratio legis einzugehen.

Das vom Gesetz für den Gefahrübergang aufgestellte zweite Postulat der Übergabe erklärt sich auf folgende Weise.

Wie bei jedem gegenseitigen Vertrage, so stehen auch beim Kauf Leistung, nämlich das Verschaffen des Kaufgegenstandes auf Seiten des Verkäufers, und Gegenleistung, nämlich Zahlung des vereinbarten Kaufpreises auf Seiten des Käufers, in einem gewissen Abhängigkeitsverhältnis, es besteht zwischen ihnen, wie es Titze [1]) nennt, eine Reziprozität. Die eine Verpflichtung wird um der andern willen eingegangen, und sie bedingen sich insofern gegenseitig, als die eine Verpflichtung nicht gültig entstehen kann, wenn die andere von vornherein ungültig ist, und eine weitere Abhängigkeit besteht insofern, als die Geltendmachung der Verpflichtung der einen Vertragspartei von der Leistung der anderen abhängt. Die Abhängigkeit ist, wie man es genannt hat, eine genetische und eine funktionelle.

Der Zweck, den die Vertragsgenossen durch den Abschluß eines synallagmatischen Vertrages letzten Endes erreichen wollen, ist der, daß der Gegenstand, den sie sich gegenseitig zu leisten versprochen haben, auch tatsächlich und endgültig in das Vermögen des anderen übergeht. Dieser

1) a. a. O., § 9, 1, S. 164.

Zweck wird durch die Erfüllung, beim Kauf durch den sinnfälligen Akt der Übergabe in der Regel erreicht. Daher ist es auch nicht mehr wie recht und billig, daß den Verkäufer, nachdem er seiner Vertragsverpflichtung in vollem Umfange nachgekommen ist, nicht mehr die obligationenrechtlichen Nachteile treffen sollen, die dadurch entstehen, daß der Leistungsgegenstand jetzt noch durch schädigende Zufälle entweder gänzlich vernichtet oder in seinem wirtschaftlichen Wert herabgemindert wird. Daß dieses der Gedankengang des Gesetzes ist, folgt ganz klar per argumentum e contrario aus dem Satze: cuius est periculum, eius est commodum, den das Gesetz in den § 446 Abs. 1 Satz 2 BGB. ausdrücklich aufgenommen hat.

Andererseits trägt der Verkäufer dem soeben ausgesprochenen Prinzipe gemäß die Gefahr bis zum Augenblicke der Erfüllung [1]). Wird ihm also die Verschaffung des verkauften Gegenstandes unmöglich, so wird er zwar von seiner Leistungspflicht frei, gleichzeitig aber beendigt diese Unmöglichkeit die Gegenverpflichtung des Käufers, nämlich die Zahlung des Kaufpreises [2]).

M. E. wendet sich Crome [3]) mit Unrecht gegen die soeben ausgesprochene Auffassung, daß der Verkäufer die Gefahr bis zur Erfüllung trage. Denn wer sollte sie — schon rein logisch gesprochen! — anders tragen, als der Verkäufer, da sie der Käufer noch nicht trägt! Aber abgesehen davon ergibt sich diese Auffassung gerade beim Kauf schon aus dem reinen Wortlaut des Gesetzestextes, da man von einem

---

2) So Enneccerus-Kipp-Wolf, Bd. 1, § 269, III a, S. 116; Planck, Bd. 2, Anm. 2a zu § 446 BGB.

2) Vgl. Dernburg, Bd. 2, § 95, II, S. 228.

3) Bd. 2, § 213, Anm. 2, S. 414.

Übergehen der Gefahr auf den Käufer nur dann sprechen kann, wenn sie vorher der Verkäufer getragen hat[1]).

Weiter beruht diese Ansicht nicht, wie Crome[2]) meint, auf einer Verwechselung des periculum rei mit dem periculum obligationis, sondern m. E. ist von Crome verkannt worden, daß beide pericula, die an sich theoretisch streng zu scheiden sind, bis zur Übergabe notwendig zusammenfallen.

Betrachten wir nun den im Anfang dieses Paragraphen unterstellten Fall unter dem soeben gewonnenen Gesichtswinkel! Ist in dem Fall, daß der Verkäufer schon vor Eintritt der Bedingung seine vertragliche Verpflichtung voll und ganz erfüllt hat, der durch Abschluß des bedingten Kaufvertrages letzten Endes gewollte Zweck erreicht?

Anscheinend ist diese Frage zu bejahen. Denn das von den Parteien durch das Mittel des Kaufvertrages erstrebte wirtschaftliche Endziel, durch das auch die Gegenverpflichtung ausgelöst wird, nämlich der Erwerb des von dem Käufer begehrten Kaufgegenstandes, ist ja erreicht.

Und doch dürften sich Zweifel erheben, ob eine solche pendente conditione erfolgte Erfüllung den Erfordernissen des § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB genügt.

In dem erstrebten wirtschaftlichen Enderfolg, nämlich in der Verschaffung des von dem Käufer begehrten Kaufgegenstandes auf der einen, in der Zahlung des Kaufpreises auf der anderen Seite, stimmen der unbedingt, wie der aufschiebend bedingt geschlossene Kaufvertrag überein. Der Unterschied ist nur ein zeitlicher, da der gewollte Güteraustausch bei der einen Form des Kaufvertrages kraft des

1) Vgl. Planck a. a. O.
2) a. a. O.

Parteiwillens sofort vor sich gehen soll, während die Vertragsgenossen sich durch die bedingte Form ihre endgültigen Vermögensdispositionen erst für die Zukunft vorbehalten wollen.

Bei dem unbedingten Kaufvertrage erfolgt die Erfüllung kraft eines Zwangs; den Grund für die Erfüllung bildet die von den Parteien gewollte Rechtswirkung der Verpflichtung. Nicht so beim aufschiebend bedingten Kaufvertrage, wenn eine Erfüllung pendente conditione erfolgt! Hier steht hinter der Erfüllung nicht die aus dem Kaufvertrag von selbst entspringende Verpflichtung, da diese zufolge der Bedingung an sich erst in der Zukunft entstehen kann und soll. Ist also bereits vor Eintritt der Bedingung erfüllt worden, so kann diese Erfüllung etwa auf Grund besonderer Vereinbarung oder aus freien Stücken des Verkäufers oder aus irgend welchen sonstigen Gründen, nicht aber auf Grund einer kaufrechtlichen Verpflichtung vor sich gegangen sein.

Zum Gefahrübergang ist aber, wie wir im § 1 unserer Arbeit gesehen haben, eine gerade im Kaufvertrage wurzelnde Übergabe erforderlich.

Dem kann nicht entgegengesetzt werden, daß es ganz gleichgültig sei, worin die Erfüllung ihren Grund habe, die Hauptsache sei, daß erfüllt sei. Das ist durchaus nicht der Fall, da es nicht nur von theoretischer, sondern von eminent praktischer Bedeutung ist, daß die Erfüllung gerade im Kaufvertrag ihren Grund hat. Denn durch diese antizipierte Erfüllung ist der erstrebte wirtschaftliche Enderfolg gar nicht erreicht, wenn auch dem Käufer das volle Eigentum an dem Kaufgegenstand verschafft ist. Denn beide Parteien müssen damit rechnen, daß die Bedingung ausfällt. In diesem Falle bleibt es nicht bei der bereits erfolgten Vermögens-

verschiebung, da der Käufer jetzt das Empfangene, das er dann ja grundlos besitzt, nach den Grundsätzen der ungerechtfertigten Bereicherung zurückgewähren muß.

Trotz der unbedingten Eigentumsverschaffung steht es also keineswegs fest, ob der Käufer, wie es an sich von den Parteien gewollt ist, für alle Zeiten im Genusse seines Eigentums bleiben wird.

Demzufolge sind ihm, wie sich gleich zeigen wird, vom Gesetze in seiner Verfügungsgewalt Schranken gezogen.

An sich ist dem Käufer, dem das Eigentum an der Kaufsache bereits übertragen ist, gestattet, nach außen hin seinem Eigentumsrecht gemäß darüber zu verfügen. Im Innenverhältnis muß er sich aber, will er sich nicht schadensersatzpflichtig machen, stets die Grenzen vor Augen halten, die das Gesetz seiner Verfügungsgewalt im § 160, Abs. 1 BGB. gezogen hat[1]).

Eine Erfüllungshandlung, die nur imstande ist, eine nach gewisser Richtung hin beschränkte Erfüllung zu gewähren, dürfte wohl kaum als Erfüllungshandlung im Sinne des § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. anzusehen sein.

Ferner hat man zu beachten, daß bei den gegenseitigen Verträgen, wie bereits näher ausgeführt, die eine Verpflichtung nur um der anderen willen eingegangen wird und daß daher die eine nur gültig entstehen kann, wenn auch die andere gültig ist. Bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrage besteht pendente conditione die gewollte Rechtswirkung der Verpflichtung überhaupt noch nicht und sie kann auch nicht zur Entstehung gelangen, wenn in der Schwebezeit der Kaufgegenstand durch Zufall seinen gänzlichen Untergang findet. In diesem Falle ist dem Verkäufer

1) Vgl. auch § 820 BGB.

die endgültige Erfüllung seiner jetzt entstandenen vertragsmäßigen Verbindlichkeit unmöglich geworden. Dem kann nicht entgegengehalten werden, daß es auf die Frage, ob die Leistung zur Zeit des Bedingungseintritts möglich sei oder nicht, garnicht ankomme, da es sich, wie im § 3 dieser Arbeit festgestellt sei, um eine nachträgliche, nicht um eine ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung handele. Die Leistung sei zu dem allein maßgebenden Zeitpunkt der Vertragserrichtung möglich gewesen, und damit sei eine später eintretende Unmöglichkeit auf die Gültigkeit des Vertrages ohne jeden Einfluß.

Auf die Gültigkeit des Vertrages ist eine pendente conditione eintretende Unmöglichkeit allerdings ohne Einfluß, nicht aber auf die gewollte Rechtswirkung der Verpflichtung, die, wie wir bereits festgestellt haben, vom Tatbestand des Rechtsgeschäftes zu trennen ist. Denn die Verpflichtung entsteht bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrage erst, wenn das letzte kraft Parteiwillens zum Rechtsgeschäftselement erhobene Erfordernis eingetreten ist.

Da bekanntlich ein Kaufvertrag in dem Augenblicke entstanden ist, in dem sich die Parteien über Ware und Preis einig geworden sind, so ergibt sich daraus, daß die Existenz des Kaufgegenstandes selbst ein Tatbestandserfordernis bildet. Ist nun pendente conditione der Leistungsgegenstand zugrunde gegangen, so ist eine vom Gesetz geforderte Tatbestandsvoraussetzung entfallen, und die gewollte Rechtswirkung, die von der Erfüllung sämtlicher Tatbestandserfordernisse abhängig ist, kann infolgedessen nicht entstehen[1]).

1) Vgl. Matthiaß, § 109, I, S. 285; Crome, Bd. 2, § 213, 3a, S. 419.

Für die Frage, ob die Bedingung nach einer pendente conditione erfolgten Verschlechterung noch eintreten kann oder nicht, ist es von Belang, welche Stellung man zu der im § 1 dieser Arbeit erwähnten Streitfrage über das Verhältnis des § 323 BGB. zu den §§ 459ff. BGB. einnimmt. Die Ergebnisse werden etwas voneinander abweichen, je nachdem man der einen oder anderen Auffassung zuneigt. Ist man der Ansicht, daß das Gesetz im § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. unter dem Begriffe der Verschlechterung nichts anderes verstanden hat als die in den §§ 459ff. BGB. normierten Fälle, so ist es vielleicht zweifelhaft, ob nicht in den Fällen der Kaufgegenstand als vollständig untergegangen zu betrachten ist, in denen die Sache mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch völlig aufheben. Dann wäre die Bedingung nicht imstande, rechtswirksam ins Leben zu treten. Aber auf diese Unterscheidung kommt es garnicht an.

Denn will man selbst in diesen wie in den übrigen Fällen der §§ 459ff. BGB. die Bedingung rechtswirksam eintreten lassen, so geht in dem Augenblicke, in dem es jetzt gewiß ist, daß es bei dem von den Parteien gewollten Rechtserfolg bleiben wird, die Gefahr über, da ja bereits die Übergabe erfolgt ist.

Da nun die Kaufsache zur Zeit des Gefahrüberganges mit einem der im § 459 BGB. aufgezählten Fehler behaftet ist, so hat der Käufer gemäß § 462 BGB. das Recht der Wandelung oder der Minderung. Im Endergebnis ist in diesem Falle also auch die Gefahr der Verschlechterung beim Verkäufer geblieben.

Sieht man aber in der Verschlechterung des § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. nichts anderes als eine spezielle An-

wendung des im § 323 Abs. 1 BGB. generell normierten Falles der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung, so ist nicht ohne weiteres klar, ob die Rechtswirkung der Verpflichtung eintreten kann oder nicht.

Sehen wir zunächst auf den Parteiwillen, so dürfte die gewollte Rechtswirkung auch bei einer in der Schwebezeit eintretenden teilweisen Unmöglichkeit kaum zur Entstehung gelangen können. Denn der Wille der Parteien ist zur Zeit der Vertragserrichtung nur auf eine solche Leistung gerichtet, die zur Zeit des Bedingungseintritts nach jeder Richtung hin möglich ist. Aber selbst wenn der Parteiwille ein anderer wäre, so fände er doch seine Schranken im Gesetzeswillen. Das geht deutlich aus § 306 BGB. hervor, der eine vertragliche Verpflichtung garnicht zur Entstehung gelangen läßt, wenn der Wille der Parteien auf eine gänzlich unmögliche Leistung gerichtet ist. Dasselbe gilt aber auch, wenn es auch vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgesprochen worden ist, von einem auf eine teilweise unmögliche Leistung gerichteten Vertrage, es sei denn, daß gemäß § 139 BGB. das Rechtsgeschäft auch ohne den nichtigen Teil, d. h. auch hinsichtlich des möglichen Teils der Leistung allein vorgenommen sein würde[1]).

Diese Bestimmung läßt sich analog auf die erst durch den Bedingungseintritt entstehende Verpflichtung anwenden. Denn wenn das Gesetz unter gewissen Umständen überhaupt nicht einmal ein Rechtsgeschäft in dem von uns verstandenen Sinne rechtswirksam entstehen lassen will, so hat es damit von vornherein jeder Rechtswirkung den Boden entzogen. Daraus geht hervor, daß das Gesetz eine Verpflichtung auch nur unter denselben Voraussetzungen entstehen lassen

1) Vgl. Schollmeyer, Komm. Anm. 2 zu § 306 BGB.

will, unter denen es dem Errichtungsakt Rechtswirkungen beilegt.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß bei einer in der Schwebezeit eintretenden Verschlechterung des Kaufgegenstandes die Bedingung dann nicht rechtswirksam eintreten kann, wenn gemäß § 306 BGB. der ganze Kaufvertrag bei ihrem etwaigen Vorliegen zur Zeit des Vertragsschlusses Rechtswirkungen zu äußern nicht imstande gewesen wäre. Im anderen Falle kommt die Rechtswirkung der Verpflichtung in derselben Weise zur Entstehung, wie unter den gleichen Umständen der Kaufvertrag zustandegekommen sein würde.

In diesem Falle ist im Augenblicke des Bedingungseintrittes, aber nicht früher die Gefahr auf den Käufer übergegangen. Denn jetzt ist infolge der vorher erfolgten Übergabe der von den Parteien endgültig erstrebte Zweck erreicht. Der Käufer muß also den Kaufpreis voll zahlen, während er nur den verschlechterten Gegenstand erhält [1]).

M. E. darf man in diesem Falle die Gefahr der Verschlechterung nicht bereits mit dem Zeitpunkte der Übergabe auf den Käufer übergehen lassen, da man abgesehen von den bereits angeführten Gründen dadurch der Bedingung rückwirkende Kraft verleihen würde, obwohl die Rückziehung vom Gesetze prinzipiell ausgeschlossen ist.

Wir gelangen also zu dem Ergebnis, daß eine pendente conditione erfolgte Übergabe für sich allein nie gefahrübertragende Kraft besitzen kann, auch wenn durch sie dem Käufer volles Eigentum verschafft wird.

Dieses Ergebnis gilt für einen bezüglich einer Immobilie geschlossenen aufschiebend bedingten Kaufvertrag ebenso wie

---

1) Vgl. auch Stern, § 6, S. 36.

für einen bezüglich einer Mobilie abgeschlossenen Vertrag, ganz gleichgültig, ob die Übergabe vor der Eintragung oder die Eintragung vor der Übergabe erfolgt ist.

Es liegt auch gar kein ersichtlicher Grund vor, in diesem Falle die Grundstücke anders als die beweglichen Sachen zu behandeln.

In dem Falle, daß die Eintragung der Übergabe vorgehen sollte, ist es dem Verkäufer gemäß § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB. gestattet, sich für den Fall des Nichteintritts der Bedingung seinen Rückübertragungsanspruch durch Eintragung einer Vormerkung sichern zu lassen. Gerade dieser Umstand läßt es erst recht billig erscheinen, den Verkäufer eines Grundstückes die Gefahr tragen zn lassen, da ja gerade durch die Eintragung der Vormerkung auch nach außen hin ersichtlich ist, daß bezüglich dieses Grundstückes nur ein suspensiv bedingter Kaufvertrag abgeschlossen worden ist. Diesen Vorteil genießt der Verkäufer einer beweglichen Sache nicht.

M. E. ergibt es sich aus dem Vorhergehenden, daß es kaum richtig sein dürfte, zu unterscheiden[1]), ob der Verkäufer den Kaufgegenstand zum Zwecke einer unbedingten Eigentumsübertragung dem Käufer, bezw. bei einem Versendungskauf einer Transportperson übergeben hat oder nicht und in dem ersten Falle die Gefahr auf den Käufer übergehen zu lassen, im zweiten aber nicht. Nach unserer soeben entwickelten Ansicht kann von einem Gefahrübergange in dem einen wie in dem anderen Falle nicht die Rede sein.

Auch dürfte die Ansicht der Lösung des Problems kaum näher kommen, die die Gefahr auf den Käufer übergehen

---

1) So Kipp bei Windscheid, Bd. 2, § 390, Ziff. 6, S. 669.

läßt, „weil dieses der vermutlichen Parteiabsicht entspreche“ [1]), da diese Ansicht eine Entscheidung gibt, die in vielen Fällen zutreffen mag, in anderen Fällen vielleicht auch nicht. Sie läßt sich allein auf die Tatsache der vorzeitigen Übergabe stützen. Ob diese Tatsache allein zur Begründung der obigen Ansicht ausreicht, erscheint zweifelhaft, mag aber hier dahingestellt bleiben [2]).

Von anderen [3]) wird diese Ansicht unter Bezugnahme auf die Materialien des BGB. folgendermaßen begründet. Nach Düringer-Hachenburg läßt das BGB. beim Kauf die Gefahr deshalb mit der Übergabe auf den Käufer übergehen, weil der Verkäufer mit dem Augenblicke der Übergabe nicht mehr die Möglichkeit der Überwachung des Kaufgegenstandes habe, und es daher billig sei, dem Käufer die Gefahr aufzubürden. Da nun der Verkäufer auch infolge einer auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages erfolgten Übergabe den Kaufgegenstand nicht mehr überwachen und ihn infolgedessen nicht mehr vor schädigenden Zufällen schützen könne, so sei es auch hier recht und billig, dem Verkäufer die Gefahr zu nehmen und den Käufer damit zu belasten. Der von Düringer-Hachenburg angegebene Gedankengang dürfte wohl kaum derjenige des Gesetzes gewesen sein, da diese Ansicht m. E. direkt einen logischen Widerspruch mit dem Begriff „Zufall“ enthält. Denn der Zufall ist nach § 323 Abs. 1 BGB. ein Umstand, „den weder der eine noch der andere Teil zu vertreten hat“, er bedeutet also „das nicht Vorhergesehene und erfahrungsmäßig nicht Vorhersehbare“ [4]), also einen Umstand, auf

1) Komm. d. R. R. Anm. 8 zu § 446 BGB.

2) Vgl. hierzu auch S. 41 f.

3) So v. Düringer-Hachenburg, Komm. z. HGB., Bd. 3, III, Kap. III, S. 53.

4) So Rümelin, der Zufall im Recht, S. 9.

dessen Eintreten sowohl, wie auf dessen Nichteintreten beide Parteien ohne jeden Einfluß sind. Schon im römischen Recht hieß es daher: casus a nullo praestantur. Es kann demgemäß ganz gleichgültig sein, ob der Gegenstand der Überwachung des Verkäufers entzogen ist oder nicht. Denn bei der Überwachung braucht der zur Überwachung Verpflichtete nur die im Verkehr erforderliche Sorgfalt anzuwenden. Dieser Sorgfalt hat er genügt, sobald er alle Vorkehrungen getroffen hat, die geeignet sind, die nach allgemein menschlichen Erfahrungen möglichen schädigenden Ereignisse abzuwenden. Soweit diese Ereignisse erfahrungsgemäß nicht vorhersehbar sind, braucht er sich um sie weiter nicht zu kümmern. Von jenem Standpunkt dürfte also das Gesetz wohl kaum ausgegangen sein; der Grund, aus dem es den Gefahrübergang an den Zeitpunkt der Übergabe knüpft, ist vielmehr bereits zu Anfang dieses Paragraphen näher dargelegt[1]).

Ferner dürfte, wie sich aus dem Vorhergehenden ergibt, auch die von Staudinger, Kuhlenbeck, Crome[2]) u. a. vertretene Ansicht zurückzuweisen sein, die mit dem Augenblicke der Übergabe die Gefahr der Verschlechterung auf den Käufer übergehen lassen, während sie die Gefahr des Unterganges beim Verkäufer belassen will. Diese Auffassung geht bereits auf das römische Recht zurück, das in der bereits zu Anfang dieser Arbeit zitierten l. 8, pr. D. de per. et comm. 18,6 diesen Fall folgendermaßen entschied: Quodsi pendente conditione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore, et quod pretii solutum est, repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt,

1) Vgl. auch Komm. d. R. R., Anm. 5 zu § 446 BGB.

2) Vgl. Staudinger, Anm. 3a zu § 446 BGB.; Kuhlenbeck, Bd. 2, I. Abschn., § 11, S. 68; Crome, Bd. 2, § 212 3a, S. 419.

si pendente conditione res extincta fuerit: sane si extet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris. Wie weit die Trennung des periculum interitus vom periculum deteriorationis im römischen Recht ihre Berechtigung hat, mag hier dahingestellt bleiben. Nach BGB. besitzt jedenfalls eine auf Grund eines aufschiebend bedingten Kaufvertrages erfolgte Übergabe für sich allein nach keiner Richtung hin irgendwelche gefahrübertragende Kraft.

Ebenso entscheidet auch Titze[1]) nur mit dem Unterschied, daß er die ganze Frage auf das Gebiet der Beweislast hinüberspielt. Er stellt den Auslegungsrechtssatz auf, daß der Käufer im vorliegenden Falle mit der Abnahme im Zweifel nicht zugleich die Gefahr des Unterganges habe auf sich nehmen sollen, sodaß es Sache des das Gegenteil behauptenden Verkäufers sei, nachzuweisen, daß dem Willen der Parteien eine abweichende Regelung der Gefahrtragung entspreche. Hingegen habe nach dem vermutlichen Parteiwillen die Gefahr der Verschlechterung auf den Käufer übergehen sollen.

Alle diese Ansichten, die sich nach dieser Richtung hin bewegen und die ihre Entscheidung mehr oder minder auf den sogenannten vermutlichen Parteiwillen abstellen, bedeuten m. E. kein theoretisches Erfassen der Frage. Abgesehen davon führen sie zu recht unsicheren Ergebnissen, da es garnicht so leicht ist, den sogenannten vermutlichen Parteiwillen festzustellen. Das führt dann dazu, daß bei dem oft recht verschiedenen Rechtsempfinden der Menschen jeder dasjenige als vermutlichen Parteiwillen bezeichnet, was seinem Empfinden am meisten entspricht.

---

1) a. a. O., § 13, I, S. 258 f.

Ganz verfehlt ist es m. E., die Lösung dieser Frage auf die Frage nach der Bedeutung des Wortes „Übergabe" im § 446 BGB. abzustellen. Das bedeutet eine Verschiebung des Brennpunktes des Problems, da die soeben erwähnte Frage, wie sich weiter unten zeigen wird, für den Gefahrübergang beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt, nicht aber für den vorliegenden Fall von Bedeutung ist. Denn folgt man selbst der strengeren Ansicht, die beim Kauf die Gefahr nur dann auf den Käufer übergehen lassen will, wenn ihm durch die Übergabe volles Eigentum verschafft ist, so kann eine solche Übergabe, wie wir oben gesehen haben, im vorliegenden Falle allein auch noch keine Gefahr übertragen.

Daher wirft Stern[1]) Titze ganz zu Unrecht eine Inkonsequenz vor, die darin bestehen soll, daß Titze[2]) einerseits der Ansicht ist, daß nur eine eigentumverschaffende Übergabe die Gefahr auf den Käufer übergehen lassen kann, während er andererseits im vorliegenden Falle die Gefahr der Verschlechterung auf den Käufer übergehen lassen will. Ganz abgesehen davon, daß von Stern garnicht beachtet zu sein scheint, daß Titze nur einen Auslegungsrechtssatz aufstellen will! Auch wenn dem nicht so wäre, so läge in Titzes Ansicht doch noch kein Widerspruch.

Dieser angebliche Widerspruch findet seine Erklärung durch die durchaus irrige Ansicht Sterns, daß auf Grund eines aufschiebend bedingten Vertrages kein volles Eigentum übertragen werden könne[3]). Daß dies sehr wohl der Fall sein kann, ist bereits oben näher ausgeführt, und beruht auf einer nicht genügenden Unterscheidung des abstrakten Erfüllungsgeschäftes von dem zugrundeliegenden Kausal-

1) a. a. O. § 6d I, 2, S. 33.
2) a. a. O. § 13, I, Anm. 2, S. 256.
3) Stern, a. a. O., S. 34.

geschäft. Dabei mag rundweg zugegeben werden, daß wohl in sehr vielen, vielleicht in den meisten Fällen die Parteien bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag das Erfüllungsgeschäft ebenso von der Suspensivbedingung abhängig wissen wollen wie den zugrundeliegenden Kaufvertrag selbst. Immerhin bleiben noch genügend Fälle übrig, in denen die Parteien selbst auf Grund eines unter einer Suspensivbedingung geschlossenen Kaufvertrages volles Eigentum übertragen wollen, ganz abgesehen von den Fällen, in denen kraft Gesetzes nur eine volle Eigentumsübertragung stattfinden kann (vgl. § 446 Abs. 2 BGB.). An diese Fälle scheint Stern garnicht gedacht zu haben.

Es erübrigt sich, auf etwaige weitere in der Literatur noch vertretene Ansichten, die von der vom Verfasser entwickelten abweichen, einzugehen, da sich die Gründe, die sich nach Ansicht des Verfassers entgegenhalten ließen, zur Genüge aus dem bisherigen ergeben.

§ 5. Sonderfall der von den Parteien vereinbarten Rückziehung des Bedingungseintritts.

Bei einer aufschiebenden Bedingung tritt mit dem Bedingungseintritt die von den Parteien gewollte Rechtswirkung ein. Prinzipiell hat nach BGB. die eingetretene Bedingung keine rückwirkende Kraft, d. h. nach dem Eintritt ist die Rechtsfolge keineswegs dieselbe, als wenn das Rechtsgeschäft von vornherein unbedingt vorgenommen wäre. Jedoch ist es den Parteien gestattet, vertraglich zu bestimmen, daß die an den Bedingungseintritt geknüpften Folgen auf einen früheren Zeitpunkt zurückbezogen werden. In diesem Falle entsteht unter den Parteien eine obligatorische Verpflichtung, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn die

Folgen in dem früheren Zeitpunkt eingetreten wären (§ 159 BGB.).

Wird eine sog. Rückziehung zwar auf einen früheren Zeitpunkt vereinbart, der aber selbst wieder zeitlich später als der Zeitpunkt der Übergabe liegt, so bleibt es bei dem im vorigen Paragraphen näher entwickelten Ergebnis. Das bedarf wohl kaum einer näheren Ausführung.

Wird aber eine Rückziehung auf einen Zeitpunkt vereinbart, der vor der Übergabe liegt, so ist nach der herrschenden Ansicht wohl mit Recht die ganze Gefahr mit dem Augenblicke der Übergabe als auf den Käufer übergegangen anzusehen. Ja Cosack geht in der 4. Auflage seines Lehrbuches sogar soweit, daß er in jedem Falle, in dem bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrage pendente conditione die Übergabe erfolgt ist, unterscheidet, ob der Eintritt der Bedingung nach den Intentionen der Parteien rückwirkende Kraft habe oder nicht. Im ersteren Falle will er dem Käufer die Gefahr aufbürden, im letzteren nicht[1]). Die Lösung des Problems nur auf diese Frage abzustellen, hat Cosack in der 5. Auflage seines Lehrbuches wieder aufgegeben[2]). Allerdings ist zu erwägen, ob nicht in der Tatsache der pendente conditione erfolgten Übergabe eine Vereinbarung der Rückziehung zu erblicken ist, gerade weil seitens des Verkäufers noch keine Verpflichtung zur Leistung besteht. Aber, wie schon oben (S. 38) erwähnt, begeben wir uns mit dieser Ansicht, die eine Entscheidung und kein theoretisches Erfassen des Problems gibt, wieder auf den recht schwankenden Boden des sog. vermuteten Parteiwillens, der sich in der Praxis oft schwer feststellen lassen dürfte. Gewiß

1) So Cosack, Bd. 1, 4. Aufl., § 122, II, Ziff. 9c, S. 419.
2) Vgl. Cosack, Bd. 1, 5. Aufl., § 122, I, 5a, S. 491.

kann in der antizipierten Übergabe eine derartige Vereinbarung liegen, aber es gibt auch genügend Fälle, in denen dies nicht der Fall ist[1]).

Auch der Umstand, daß dem Käufer in einem solchen Falle das commodum, das die Sache gewährt, mit der Übergabe zufällt, obwohl er noch keinen Anspruch darauf hat, bedeutet noch keine Durchbrechung des im § 446 Abs. 2 Satz 2 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes: cuius est periculum, eius est commodum. Denn daß der Käufer alle Vorteile genießt, die der Kaufgegenstand gewährt, beruht jedenfalls nicht darauf, daß ihm der Gegenstand zur Erfüllung einer gewöhnlichen kaufrechtlichen Verpflichtung übergeben worden ist. Im übrigen sei hier auf die weiter unten beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt näher gemachten Ausführungen verwiesen[2]).

Haben die Parteien bei einem suspensiv bedingten Kaufvertrag in der oben angegebenen Weise eine Rückziehung vereinbart, so soll nach dem Willen der Parteien die gewollte Rechtswirkung, insbesondere hier die Rechtswirkung der Verpflichtung des Verkäufers, den Kaufgegenstand dem Käufer zu verschaffen, so angesehen werden, als sei sie in dem ausgemachten früheren Zeitpunkt bereits eingetreten. Demzufolge ist die stattgehabte Übergabe gewissermaßen nicht mehr pendente conditione erfolgt, sondern sie hat jetzt ihren Grund in der kaufrechtlichen Verpflichtung, die ja als bereits entstanden zu betrachten ist.

---

1) Vgl. auch Endemann, Bd. 1, § 159a, 4a, Anm. 24, S. 947, der darauf hinweist, „daß in der vorzeitigen Übergabe „häufig" sich die Vereinbarung ausprägt, die Gefahr solle kraft Vertrags sofort auf den Käufer übergehen".

2) Vgl. § 9 der Arbeit, S. 67 f.

Anderer Meinung scheinen Endemann[1]) und Stern[2]) zu sein.

Beide wollen im Falle der gewollten Rückziehung die volle Gefahr auf den Käufer nicht allgemein übergehen lassen, sondern nur dann, wenn aus dem Willen der Parteien hervorgeht, daß sie dem Bedingungseintritt nur zum Zwecke einer selbständigen Regelung des Gefahrüberganges rückwirkende Kraft beigelegt haben.

Insbesondere ist Stern der Ansicht, daß auf Grund des § 159 BGB. diese Wirkung garnicht eintreten könne, wenn der Kaufgegenstand pendente conditione bereits untergegangen sei. Denn nach Stern[3]) ist eine Bedingung, die überhaupt nicht zur Wirksamkeit gelangt ist, auch nicht imstande, die ihr beigelegte rückwirkende Kraft zu äußern. Daß aber eine Bedingung im Falle des Unterganges des Kaufgegenstandes rechtswirksam nicht ins Leben treten kann, ist im vorigen Paragraphen näher ausgeführt.

M. E. bedeutet die Ansicht Sterns ein vollkommenes Ignorieren des Parteiwillens. Denn nach dem Parteiwillen ist im Falle der Rückziehung für die Beurteilung der Frage, ob die Bedingung Wirkungen zu äußern imstande ist oder nicht, nicht der Zeitpunkt des Bedingungseintritts, sondern der von den Parteien vereinbarte frühere Zeitpunkt maßgebend. Voraussetzung ist nur, daß das bedingende Ereignis eintritt, ganz gleichgültig, ob sich daran tatsächlich Rechtsfolgen knüpfen oder nicht. Denn der Wille der Parteien ist darauf gerichtet, daß die gewollte Rechtswirkung unter der Voraussetzung des Bedingungseintritts in dem von ihnen ausgemachten Zeitpunkt entstehen soll.

1) a. a. O.
2) a. a. O., S. 36.
3) a. a. O.

II. § 6. Gefahrübergang bei einem resolutiv bedingten Kauf.

Wesentlich einfacher als bei einem aufschiebend bedingten Kauf läßt sich die Frage nach der Gefahrtragung bei einem unter einer auflösenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage beantworten.

Bei einem resolutiv bedingten Kaufvertrage treten die von den Parteien gewollten Rechtswirkungen sofort mit Errichtung des Rechtsgeschäftes ein, genau wie bei einem unbedingten Rechtsgeschäft. Bedingt ist hier der Bestand des Rechtsgeschäfts. Fällt die Bedingung aus, so tritt eine Rechtsveränderung nicht ein, der Kaufvertrag bleibt nach wie vor bestehen. Im Falle des Bedingungseintritts dagegen tritt mit diesem Zeitpunkte der frühere Rechtszustand wieder ein. Und zwar hat der Bedingungseintritt absolute Kraft, d. h. die auf Grund des auflösend bedingten Rechtsgeschäfts eingetretenen Rechtswirkungen werden von selbst und auch Dritten gegenüber wieder beseitigt (vgl. § 158 Abs. 2 BGB.).

Die praktische Bedeutung der absoluten Wirkung zeigt sich darin, daß beide Parteien bei einem Kaufvertrage das gegenseitig Geleistete, d. h. der Käufer den Kaufgegenstand und der Verkäufer den vereinbarten Kaufpreis, falls er bereits geleistet worden ist, jetzt ohne Grund besitzen. Denn

durch den Bedingungseintritt ist kraft seiner absoluten Wirkung den gegenseitigen Leistungen die Grundlage, nämlich der Kaufvertrag entzogen. Beide Parteien können daher von einander das gegenseitig Geleistete nach den Grundsätzen über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückverlangen. Die Rückleistungsverpflichtungen stehen im Gegensatz zum Rücktrittsrecht zueinander nicht in einem synallagmatischen Verhältnis.

Ist auf Grund eines auflösend bedingten Kaufvertrages der Kaufgegenstand pendente conditione dem Käufer übergeben worden, so dürfte es kaum einem Zweifel unterliegen, daß in diesem Falle mit der Übergabe die Gefahr auf den Käufer übergegangen ist. Denn hier liegt der Erfüllung im Gegensatz zum aufschiebend bedingten Kaufvertrage eine aus dem Schuldverhältnis entspringende Verpflichtung zugrunde.

Bei dieser Regelung bleibt es im Falle des Bedingungs*ausfalles*. Das bedarf keiner näheren Erörterung.

Zweifel entstehen nur für den Fall des Bedingungs*eintritts*, wenn nämlich der Kaufgegenstand nach erfolgter Übergabe durch Zufall untergegangen oder verschlechtert worden ist. Hier erhebt sich die Frage, ob die Resolutivbedingung existente conditione überhaupt Wirkungen äußern könne, oder ob es in diesem Falle dabei bleibt, daß der Käufer den obligatorischen Nachteil zu tragen hat.

Bemerkt sei hier, daß es sich um eine Gefahrtragung im juristisch-technischen Sinne m. E. garnicht handelt [1]).

Denn, wie wir schon im § 1 unserer Arbeit gesehen haben, handelt es sich bei dem Problem der Gefahrtragung bei gegenseitigen Verträgen um die Frage, wie das Unmög-

1) Vgl. Stern, § 6 d, II, 1, S. 39.

lichwerden einer Leistung auf die Gegenleistung wirkt. Da aber im Falle des Bedingungseintritts, wie wir gesehen haben, die gegenseitigen Rückgabeverpflichtungen zueinander nicht mehr in einem synallagmatischen Verhältnisse stehen, so kann dementsprechend auch nicht mehr von einer Gefahrtragung im technischen Sinne die Rede sein.

Die oben aufgeworfene Frage ist verschieden beantwortet worden.

Man hat versucht, die Frage aus der Natur der Resolutivbedingung heraus zu beantworten.

Die einen, nach deren Meinung sich das auflösend bedingte Rechtsgeschäft aus zwei selbständigen Teilen zusammensetzt, nämlich aus einer unbedingten Hauptwillens- und einer auf die Wiederaufhebung der Wirkungen dieser gerichteten aufschiebend bedingten Nebenwillenserklärung, lassen den Käufer die Gefahr des Untergangs und den Verkäufer die der Verschlechterung tragen.

Diese Ansicht entspringt der bereits im römischen Recht in der l. 2 pr. D. de in diem addict. 18, 2 vertretenen Konstruktion, die einen auflösend bedingten Kaufvertrag auffaßte als eine emptio pura, quae sub conditione resolvitur.

Nach dieser Meinung kann in dem Falle, daß der Kaufgegenstand nach der Übergabe auf den Käufer seinen Untergang gefunden hat, die aufschiebend bedingte Willenserklärung nicht mehr wirksam ins Leben treten, wenn im kritischen Zeitpunkte eine Tatbestandsvoraussetzung, nämlich die Existenz des Kaufgegenstandes, entfallen ist [1]).

Aber m. E. führt die der soeben angeführten Ansicht entgegengesetzte Konstruktion, die ein auflösend bedingtes Rechtsgeschäft als einen einheitlichen Tatbestand auffaßt und

---

1) Vgl. Oertmann, Bd. 2, 1. Aufl., Anm. 5 a zu § 446 BGB.

dementsprechend in der Resolutivbedingung gleich der Suspensivbedingung nichts anderes sieht, als eine besondere Gestaltung rechtsgeschäftlichen Wollens, ebenfalls zu keinem Ergebnis.

Auch hier findet sich die Ansicht, daß die Bedingung nach Untergang der Kaufsache Wirkungen nicht äußern könne, da eine essentiale negotii nicht mehr vorliege [1]).

Die Lösung des Problems läßt sich überhaupt nicht aus der Rechtsnatur der auflösenden Bedingung finden, sondern es kommt auf den Willen des Gesetzes an. Da das Gesetz aber seinen Willen in diesem Punkte nirgends ausdrücklich geäußert hat, so gilt es, diesen auf induktivem Wege zu erforschen.

Eng verwandt mit der auflösenden Bedingung sind das in den §§ 346 ff. BGB. geregelte Rücktritts- und das diesem durch Gesetzesanalogie gleichgestellte Wandlungsrecht beim Kauf (vgl. § 467 BGB), da alle diese Rechtsinstitute letzten Endes dasselbe Ziel verfolgen.

Hier ist im § 350 BGB. ausdrücklich ausgesprochen, daß das Rücktrittsrecht nicht dadurch ausgeschlossen wird, daß der Gegenstand, welchen der Berechtigte empfangen hat, durch Zufall untergegangen ist.

Es dürfte wohl der Schluß kaum fehlgehen, daß dieser Rechtssatz sich auf ein im Gesetz allgemein geltendes Prinzip zurückführen läßt, besonders da das Gesetz die Anwendung dieser Vorschrift auf die Wandlung ausdrücklich angeordnet hat.

Demgemäß kommen wir bei analoger Anwendung dieses Rechtssatzes auf den vorliegenden Fall zu dem Ergebnis, daß die auflösende Bedingung auch dann noch vollwirksam ins Leben zu treten imstande ist, wenn der Kaufgegenstand

---

1) So Staudinger, Anm. 3c zu § 446 BGB.

nach der Übergabe auf den Käufer seinen Untergang gefunden hat.

Folglich ist der Käufer berechtigt, vom Verkäufer den eventuell gezahlten Kaufpreis nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung zurückzufordern, während der Verkäufer nichts erhält.

Ebenso hat der Käufer im Falle der nachträglich eingetretenen Verschlechterung das gleiche Recht, während hier der Verkäufer den gelieferten Gegenstand in seinem jetzigen Zustande nach den gleichen Vorschriften zurückfordern kann[1]).

Die Lösung der Frage dürfte, worauf Kisch[2]) hingewiesen hat, vor allem zu gesunden Ergebnissen führen. Kisch[3]) verweist auf den Fall, daß beim Bedingungseintritt der Verkäufer den Kaufgegenstand dem Käufer bereits übergeben und daß dieser den Kaufpreis noch nicht entrichtet hat. Hier ist der Verkäufer offenbar nicht berechtigt, jetzt auf Grund des nunmehr unwirksam gewordenen Kaufvertrages den vereinbarten Kaufpreis vom Käufer zu fordern.

Es hieße aber, den Käufer, der seiner vollen vertragsmäßigen Verpflichtung genügt hat, schlechter stellen als den Käufer, der es noch nicht getan hat, wollte man der eintretenden Resolutivbedingung nach erfolgtem Untergange des Kaufgegenstandes die Wirkung versagen[4]).

Fassen wir also unser Schlußergebnis kurz dahin zusammen, daß in vorliegendem Falle stets den Verkäufer der wirtschaftliche Nachteil im Falle des Bedingungseintritts trifft.

---

1) So vor allem jetzt Oertmann, Bd. 2, 3. u. 4. Aufl., Anm. 6 b β zu § 446 BGB.; Planck, Bd. 2, Anm. 2 c zu § 446 BGB.; Titze, 4. Kap., § 13, I b, S. 259.

2) In Grünhuts Zeitschr., Bd. 28, 1901, S. 260.

3) a. a. O.

4) Vgl. Kisch, a. a. O.

Es dürfte aber, wie schon einmal betont, inkorrekt sein, deswegen zu sagen, die Gefahr sei beim Verkäufer verblieben [1]). Jene Nachteile ergeben sich vielmehr als Folgen des Bedingungseintritts, mit der Gefahrtragung im engeren Sinne haben sie nichts zu tun, da es sich vorliegenden Falles, wie bereits erwähnt, überhaupt nicht um die Frage, wer die Gefahr zu tragen hat, handelt.

Die Gefahr hat bis zum Augenblicke des Bedingungseintritts nach der Übergabe der Käufer getragen, von da ab hört der Kaufvertrag ipso iure zu existieren auf. Von einer nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung kann also kaum mehr die Rede sein.

Abgesehen davon erscheint die bekämpfte Ausdrucksweise nicht unbedenklich, da durch sie der Anschein erweckt werden kann, als wolle man dem Eintritte der auflösenden Bedingung rückwirkende Kraft beilegen.

---

1) So Titze, a. a. O.; ähnlich auch Stern, § 6 d, 2, S. 41.

C. Gefahrtragung bei einem unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufvertrage.

§ 7. Das Problem.

Zunächst sei bemerkt, daß vom Gesetz das sog. pactum dominii reservati nur beim Kaufe beweglicher Sachen behandelt wird.

Bei Grundstücken kann ein Eigentumsvorbehalt schon wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung in dem Sinne wie bei beweglichen Sachen überhaupt nicht vereinbart werden. Dieser Fall scheidet also für die vorliegende Frage von vornherein aus.

Haben die Parteien bei einem unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufvertrage über den Vorbehalt vertragliche Bestimmungen nicht getroffen, so findet auf einen solchen Vertrag die Auslegungsregel des § 455 BGB. Anwendung. Danach ist im Zweifel anzunehmen, daß die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgen soll. Das bedeutet mit anderen Worten: Der obligatorische Kaufvertrag selbst ist hier im Gegensatze zu dem unter einer aufschiebenden Bedingung geschlossenen Kaufvertrage unbedingt geschlossen, er wird durch diese Vereinbarung zunächst nicht weiter berührt. Suspensiv bedingt von der vollständigen Zahlung

des Kaufpreises ist der Vollzug des Kaufvertrages, d. h. die nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. erforderliche Eigentumsübertragung. Die Übergabe des Kaufgegenstandes verschafft also dem Käufer noch kein Eigentum, da die Einigung, d. i. der dingliche Vertrag, der zusammen mit der Übergabe gemäß § 929 Satz 1 BGB. die Eigentumsübertragung bewirkt, noch in der Schwebe ist.

Der § 455 BGB. trifft nur für den Fall eine Regelung, daß der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises im Verzuge ist. Die Frage, wer die Gefahr zu tragen hat, wird hier ebenso wenig wie bei einem unter einer Bedingung geschlossenen Kaufvertrage berührt. Es ist daher beim pactum dominii reservati ebenso wie im Vorhergehenden auf die im § 1 unserer Arbeit entwickelten allgemeinen Grundsätze zurückzugreifen. Das ergibt sich schon daraus, daß der Eigentumsvorbehalt unter demselben Titel wie der normale Kaufvertrag seine Regelung findet. Es liegt ja auch weiter garnichts vor als ein modifizierter Kauf.

Da bei einem unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufvertrage der obligatorische Vertrag selbst unbedingt geschlossen ist, so liegt selbstverständlich eine nachträgliche Unmöglichkeit vor, wenn die Leistung nach Abschluß des Vertrages unmöglich geworden ist.

Es bleibt also nur noch übrig, zu prüfen, ob beim pactum dominii reservati die vom Gesetz zum Gefahrübergang erforderte zweite Voraussetzung erfüllt ist, wenn hier nach erfolgter Übergabe der Kaufgegenstand zufällig untergegangen oder verschlechtert worden ist. Da beim Eigentumsvorbehalt die Übergabe dem Käufer naturgemäß am Kaufgegenstand nur den Besitz verschaffen kann, so ist für uns die nächste Frage, was das Gesetz im § 446 Abs. 1 BGB. unter „Übergabe" verstanden hat. Verlangt also das

Gesetz zum Gefahrübergang, daß dem Käufer durch die Übergabe bereits das Eigentum an der Kaufsache verschafft ist, oder hat nach dem Willen des Gesetzes eine nur besitzverschaffende Übergabe bereits gefahrübertragende Kraft?

Ehe wir an die Frage selbst herantreten, sei noch bemerkt, daß es den Parteien beim Eigentumsvorbehalt freisteht, zu vereinbaren, daß zwar das Eigentum sofort dem Käufer durch die Übergabe verschafft werde, daß dieses aber an den Verkäufer im Falle der Nichtzahlung des vereinbarten Preises seitens des Käufers zurückfallen solle. Denn im § 455 BGB. gibt das Gesetz, wie bereits erwähnt, nur eine Auslegungsregel. Hier bietet die Frage nach der Gefahrtragung keine Schwierigkeiten. Denn da in diesem Falle durch die Übergabe voll erfüllt ist, so ist ein jetzt eintretender schädigender Zufall nicht mehr imstande, die Ansprüche des Verkäufers zu beeinträchtigen. Der Fall, daß ein auflösend bedingter Eigentumsvorbehalt vereinbart ist, scheidet also ebenfalls für die uns gestellte Frage aus.

§ 8. Bedeutung des Wortes „Übergabe" im § 446 BGB.

An sich trägt wie bei jedem gegenseitigen Vertrage, so auch beim Kauf der Schuldner nach § 323 Abs. 1 Satz 1 BGB. bis zur vollständigen Erfüllung die Gefahr.

Wendet man diesen Grundsatz der Gefahrtragung zunächst ohne Berücksichtigung der besonderen Regelung im § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. auf den Kauf an, so würde die Gefahr vom Verkäufer auf den Käufer erst dann übergehen können, wenn der Verkäufer seinen sämtlichen Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage genügt hätte. Das wäre in Normalfällen gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. bei be-

weglichen Sachen dann der Fall, wenn er dem Käufer die Sache übergeben und Eigentum an ihr verschafft hätte. Erst diese vollständige Erfüllung der Verpflichtung seitens des Verkäufers hätte die Gegenleistung auf seiten des Käufers ausgelöst, erst dann wäre der bedungene Kaufpreis fällig [1]). Das scheint aber beim Kauf nicht so zu sein, da das Gesetz bei diesem Vertrag anscheinend eine besondere, von den allgemeinen Prinzipien der synallagmatischen Verträge abweichende Regelung getroffen hat. Denn wenn § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. vorschreibt, daß die Gefahr des zufälligen Unterganges und einer zufälligen Verschlechterung „mit der Übergabe" auf den Käufer übergehen soll, so ist allerdings anscheinend die Gefahr schon dann übergegangen, wenn der Verkäufer nur einer seiner Erfüllungsverpflichtungen nachgekommen ist. Da Übergabe zunächst weiter nichts bedeutet als denjenigen tatsächlichen Akt, durch den der Besitz eingeräumt wird, so scheint schon in dem Augenblick, in dem der Käufer die bewegliche Sache tatsächlich inne hat, die Gefahr auf ihn übergegangen zu sein. Dafür scheint der bloße Wortlaut des § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. zu sprechen, dafür sprechen auch die anderen Stellen des Gesetzes, in denen das Wort „Übergabe" erwähnt ist (vgl. z. B. §§ 929, 930, 931, 1205, 2241 Z. 3 BGB). Vor allem scheint die Gegenüberstellung von Übergabe und Eigentumsverschaffung im § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. entschieden ein Beweis dafür zu sein, daß § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. den Gefahrübergang an die bloße Besitzübertragung geknüpft wissen will [2]). Denn durch diese Gegenüberstellung scheint § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. dem Verkäufer ausdrücklich zwei Verpflichtungen auf-

1) Martinius, Gefahr beim Kauf im Arch. f. B. R., Bd. 17, S. 52.
2) Vgl. Kahn, im Recht, 7. Jahrg., S. 546.

zuerlegen, und wenn dann § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. an die eine der Verpflichtungen anknüpft, so scheint das für die obige Ansicht zu sprechen. Dieser Auffassung sind auch viele Schriftsteller.

Obwohl nun das Gesetz im Gegensatz zum römischen Recht sich scheinbar so klar ausgedrückt hat und obwohl es den Zeitpunkt des Gefahrüberganges genau festgelegt hat, so entstehen dennoch Zweifel, was unter dem Worte „Übergabe" des § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. zu verstehen ist. Versteht es gemäß oben entwickelter Auffassung darunter wirklich nur Übergabe zum Besitz oder ist auch eine andere Auffassung möglich? Da der Wille des Gesetzes ohne weiteres aus dem Texte nicht hervorgeht, so muß man auch hier auf die ratio legis zurückgehen und, soweit nötig, die historische Entwicklung des § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. ins Auge fassen.

Nach § 929 Satz 1 BGB. ist zur Übertragung des Eigentums an einer beweglichen Sache – also auch zum Vollzug des Kaufvertrags – erforderlich, daß der Eigentümer – beim Kauf der Verkäufer – die Sache dem Erwerber – also dem Käufer – übergibt und beide darüber einig sind, daß das Eigentum übergehen soll. Also zwei rechtsverschaffende Momente müssen zur Eigentumsübertragung vorhanden sein, ein unsichtbares, gewissermaßen innerliches – d. i. die Einigung – und ein sichtbares, die Übergabe. Beide Momente können zeitlich auseinanderfallen, beide müssen aber vollendet sein. In der Regel wird ja wohl die Einigung spätestens im Augenblicke der Übergabe vorhanden sein, die besitzverschaffende Übergabe wird im allgemeinen nichts weiter sein als ein nach außen hin sich dokumentierendes Moment der Einigung. Ebenso wie der Besitz die Vermutung des Eigentums für sich hat (vgl. § 1006

Abs. 1 Satz 1 BGB.), so wird man wohl analog für die Regelfälle der Eigentumsübertragung sagen dürfen, daß die Übergabe beweglicher Sachen die Vermutung der Einigung für sich habe. Ziemlich sicher kann man das auf den Kauf anwenden. Denn in den Normalfällen wird wohl die Einigung mit dem obligatorischen Kaufvertrag tatsächlich zusammen fallen. Wohl ist juristisch beim Kaufvertrag der dingliche Vertrag vom obligatorischen streng zu trennen. Aber trotzdem wird wohl zugegeben werden müssen, daß in der Tatsache, daß die Parteien über Ware und Preis einig geworden sind, zugleich die sachenrechtliche Einigung liegen wird, die Sache solle in das Eigentum des Erwerbers übergehen. Die Übergabe wird in den Normalfällen zeitlich also nach Abschluß des die dingliche Einigung tatsächlich mitenthaltenden obligatorischen Kaufvertrages fallen, und es dürfte wohl richtig sein, zu sagen, die Übergabe habe besonders beim Kauf regelmäßig eine gewisse Vermutung der dinglichen Einigung für sich. Die Übergabe ist, wie Cosack sagt, beim Kauf „ein Akt, der dem Käufer regelmäßig sowohl den Besitz als auch das Eigentum an der Kaufsache bringen soll“ [1]).

Sollte nun nicht ebenso gut § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB., wenn er den Gefahrübergang an die Übergabe knüpft, das Wort „Übergabe“ in dem Sinne einer eigentumsverschaffenden Übergabe verstanden haben? Möglich ist das doch ebenso gut und entspricht vielleicht mehr dem Standpunkt der gegenseitigen Verträge, nach dem die Gefahr, wie oben dargelegt, erst mit völliger Erfüllung der schuldnerischen Verpflichtung übergehen soll. Der soeben entwickelten Ansicht läßt sich allerdings entgegensetzen, daß es doch sonderbar erscheine,

1) Vgl. Cosack, Bd. 1, 4. Aufl., § 122, II, 3 b.

daß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. für den Verkäufer neben der Verpflichtung der Eigentumsverschaffung die der Übergabe besonders hervorhebe. Das scheint allerdings für bewegliche Sachen überflüssig zu sein, da nach § 929 Satz 1 BGB. normaler Weise in der Eigentumsverschaffung von Mobilien die Übergabe schon enthalten ist. Wenn also das Gesetz anscheinend überflüssiger Weise die Übergabe, also die Besitzverschaffung beim Kauf hervorhebt, so liegt es nahe, anzunehmen, daß das Gesetz bei der Regelung des Kaufs im § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. unter Übergabe vielleicht doch nichts anderes verstanden wissen will als in den übrigen Fällen auch, z. B. im § 929 BGB. Weiter läßt sich gegen die Auffassung, es sei eigentumverschaffende Übergabe gemeint, der Umstand anführen, daß das Gesetz überhaupt eine besondere Regelung für den Kauf bezüglich der Gefahrfrage getroffen hat. Das erscheint bei dieser Auffassung ganz unnötig, da doch die Gefahrfrage bei den gegenseitigen Verträgen im § 323 Abs. 1 Satz 1 BGB. geregelt ist, und da sowieso, wie bereits oben dargelegt, die allgemeinen Vorschriften über die gegenseitigen Verträge ergänzend Platz greifen. Hätte also das BGB. die Gefahr bei beweglichen Sachen erst mit eigentumsverschaffender Übergabe übergehen lassen wollen, so hätte es überhaupt keine besondere Regelung beim Kauf zu treffen brauchen. Denn nach allgemeinen Grundsätzen geht bei den synallagmatischen Verträgen die Gefahr erst mit vollständiger Erfüllung, d. h. beim Kauf erst mit vollständiger Eigentumsübertragung, über.

Das ist gewiß alles richtig. Nur läßt sich dem entgegnen, daß zu beachten ist, daß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht allein für Mobilien, sondern auch für Immobilien gilt [1]).

1) Vgl. Laband, im Arch. f. d. Ziv.-Praxis, Bd. 74, S. 302 ff.

Die Worte dieses Paragraphen sind zunächst also dahin zu interpretieren: Der Verkäufer hat zwei Verpflichtungen, einmal die Sache zu übergeben, d. h. den Besitz zu verschaffen, gleichgültig, ob es sich um eine bewegliche oder unbewegliche Sache handelt. Sodann hat er weiter „sämtliche Handlungen vorzunehmen, namentlich die Erklärungen abzugeben, die nach den sachenrechtlichen Vorschriften zur Eigentumsübertragung erforderlich sind“ [1]). Ob es sich im § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. in allen Fällen um zwei selbständige Verpflichtungen handelt, das wird sich im Laufe der Untersuchung ergeben.

Bei beweglichen Sachen hat in den Regelfällen des Kaufs der Verkäufer mit der Übergabe der Sache seiner Verpflichtung genügt, wie oben dargelegt. Anders aber bei Grundstücken! Hier ist die Besitzverschaffung für die Eigentumsübertragung belanglos, hier sind zum Eigentumserwerb Einigung und Eintragung erforderlich (§ 873 Abs. 1 BGB.), ohne Rücksicht darauf, ob der Käufer bereits in den Besitz des Grundstücks gewiesen ist oder nicht. Demnach legt § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. dem Verkäufer einer Immobilie noch die Besitzverschaffungspflicht, die bei der Eigentumsübertragung an beweglichen Sachen essentiell ist, auf. Mit anderen Worten handelt es sich im § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. bei Fahrnis nicht um zwei Leistungen, sondern in Wirklichkeit nur um eine, da dieser Paragraph dem Verkäufer beim Verkauf beweglicher Sachen nur eine einheitliche Pflicht auferlegt, nämlich die Eigentumsverschaffung, die nach außen hin gewissermaßen in Form der Übergabe in Erscheinung tritt [2]).

---

1) Vgl. Planck, Anm. 6 a, β, $\alpha\alpha$ zu § 433 BGB.; Staudinger, Anm. VIII ad 1 b, β zu § 433 BGB.

2) So auch Eccius in Gruchots Beitr., Bd. 50, S. 494.

Das ergibt sich deutlich aus § 929 Satz 1 BGB., der im Grunde doch nichts anderes sagen will, als daß die Eigentumsverschaffung bei beweglichen Sachen aus zwei Elementen besteht, nämlich der Einigung und Übergabe [1]).

Infolgedessen ist es nicht richtig, bei Mobilien die Verpflichtung der Übergabe als ganz selbständige Pflicht neben die der Eigentumsverschaffung zu stellen [2]). Wenn das damit begründet wird, daß der Verkäufer alles zu tun hat, „um dem Käufer die volle rechtliche und faktische Herrschaft zu verschaffen" [3]), so kann das schon deshalb keine durchschlagende Begründung sein, weil diese Verpflichtung auch schon dann bestehen würde, wenn das BGB. nur die Eigentumsverschaffungspflicht hervorgehoben hätte. Denn das Eigentum ist ja bekanntlich diejenige Beziehung einer Person zu einer Sache, die dem Menschen die vollste rechtliche und faktische Herrschaft über dieselbe verleiht. Das BGB. hat also, wie oben erwähnt, die Übergabepflicht nur mit Rücksicht auf den Immobiliarverkehr hervorgehoben.

Die weitere Einwendung, es sei auffallend, daß das BGB. betreffs der Gefahrtragung beim Kauf überhaupt eine besondere Regelung getroffen habe, läßt sich vielleicht dadurch stützen, daß das Gesetz nichts umsonst tue, daß sich also vermuten lasse, jene Vorschrift unterscheide sich irgendwie von den allgemeinen Regeln und enthalte demgemäß etwas von der Regelung der sonstigen gegenseitigen Verträge Abweichendes. Es liegt die Auffassung nahe, der § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. sei eine lex specialis, die nach den allgemeinen Rechtsregeln den § 323 Abs. 1 Satz 1 BGB.

---

1) So auch Titze, Unmöglichkeit, S. 44; Martinius, a. a. O., S. 51.

2) So Emerich, Kauf- und Werklieferungsvertrag nach dem BGB., § 10, I, S. 35.

3) So Emerich a. a. O.

in seiner Bedeutung aufhebe[1]). Indessen: wenn das Gesetz für den Gefahrübergang des Kaufs noch einmal eine besondere Bestimmung trifft, so liegt noch kein Grund vor, darin schon eine Abweichung von den allgemeinen Prinzipien zu erblicken. Aus den Motiven ergibt sich, daß beim Kauf der Zeitpunkt des Gefahrüberganges einmal wegen seiner Wichtigkeit, sodann auch deshalb hervorgehoben ist, weil in Ansehung der Grundstücke eine besondere Regelung erforderlich ist[2]). Allerdings scheint für die Auffassung, es sei unter „Übergabe" im § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. nur Besitzverschaffung gemeint, wieder der Umstand zu sprechen, daß das Gesetz im § 447 Abs. 1 Satz 1 BGB. beim sog. Versendungskauf die Übergabe der Sache an eine Transportperson für den Gefahrübergang für genügend erachtet hat. Demnach scheint es also doch dem Geiste des Gesetzes zu entsprechen, den Gefahrübergang an die bloße Besitzverschaffung zu knüpfen. Dem läßt sich entgegnen, daß es sich im § 447 Abs. 1 Satz 1 BGB. um eine Ausnahmebestimmung handelt. Denn bekanntlich sind gemäß § 269 Abs. 1 BGB. die geschuldeten Leistungen prinzipiell Holschulden, da die geschuldete Leistung an dem Orte zu erfolgen hat, an dem der Schuldner seinen Wohnsitz, bezw. seine gewerbliche Niederlassung hat (§ 269 Abs. 2 BGB.), es sei denn daß die Parteien eine andere Bestimmung getroffen haben. Daß es sich in § 447 Abs. 1 BGB. um eine Ausnahmebestimmung handelt, ergibt sich schon daraus, daß dieser Paragraph von einem Versendungskauf „auf Verlangen des Käufers" spricht. Daraus folgt, daß eine gesetzliche Übersendungspflicht des Verkäufers nicht besteht, und daß § 447 Abs. 1 BGB. von der allge-

1) So Martinius, a. a. O., S. 53.

2) Vgl. Mot. zum E. I zu § 368 (jetzt § 323 BGB.), Bd. II, S. 205 sowie zu § 463 (jetzt § 446 BGB.), S. 322.

meinen Regelung des § 269 Abs. 1 GBG. abweicht. Es handelt sich also um Erfüllung einer Nebenverpflichtung zum Kaufvertrage. Daß hier die Übergabe an eine Transportperson für den Gefahrübergang für genügend erachtet wird, erscheint nicht mehr wie recht und billig. Denn der Verkäufer hat allen gesetzlichen Verpflichtungen, die aus dem Kaufvertrage entspringen, genügt. Soweit es in seiner Macht stand, hat er alles getan, um die Sache vor Schaden zu bewahren. Übernimmt er im Interesse der Bequemlichkeit des Käufers noch eine Nebenverpflichtung, die an sich mit dem Kaufvertrag nichts mehr zu tun hat, so erscheint es natürlich, daß mit Erfüllung aller gesetzlichen Pflichten die Gefahr auf den Käufer übergeht. Aber abgesehen davon, daß § 447 Abs. 1 BGB. eine Ausnahmebestimmung ist, läßt er sich weder für die Ansicht anführen, daß unter „Übergabe" im § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. eigentumsverschaffende Übergabe gemeint sei, noch dafür, daß nur Besitzverschaffung darunter zu verstehen sei. Es liegt hier überhaupt noch keine Tradition im Sinne der §§ 433 Abs. 1 Satz 1, 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. vor. Denn ist eine Sache einer Transportperson übergeben, so ist der Käufer noch garnicht Besitzer, er hat noch keineswegs die tatsächliche Gewalt über die Sache [1]).

Ebenso wenig geht weiter aus § 446 Abs. 2 BGB. hervor, daß im Abs. 1 a. a. O. Übergabe zum bloßen Besitz gemeint sei. Allerdings sieht § 446 Abs. 2 BGB. bei Grundstücken, wie bereits erwähnt, zwei Möglichkeiten vor. Entweder wird ein Grundstück, nachdem ein Kaufvertrag darüber abgeschlossen ist, sofort übergeben, und die Eintragung folgt nach, oder es findet zuerst die Eintragung statt, und

1) Vgl. Oertmann, Anm. 1 c zu § 446 BGB.

die Besitzverschaffung folgt nach. Im ersten Falle geht die Gefahr sofort mit der Besitzverschaffung, ohne daß der Käufer dadurch irgendwie Eigentümer geworden ist, über, im letzteren Falle geht die Gefahr mit der Eintragung, also mit dem Eigentumsübergang über, ohne daß der Erwerber die tatsächliche Gewalt, die ihm nach § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. auch verschafft werden muß, erlangt hat. Angesichts dieser Regelung, demzufolge beim Grundstückskauf zum Gefahrübergang die bloße Besitzverschaffung genügt, liegt die Frage nahe: sollte nicht dasselbe, was für Grundstücke gilt, auch für Mobilien anzunehmen sein? Die Bejahung der Frage scheint um so gegebener, als aus § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. die Übergabe bei Mobilien und Immobilien eine verschiedene Bedeutung hat. Denn daß andere Prinzipien für Fahrnis und andere für unbewegliche Sachen gelten sollen und müssen, ergibt sich zwar nicht aus § 446 BGB. direkt, wohl aber aus den Grundsätzen, die verschieden sind, je nachdem es sich um den Verkehr mit Mobilien oder mit Immobilien handelt. Wenn § 446 Abs. 2 BGB. bei Grundstücken schon mit Eintragung, also nach erfolgtem Eigentumsübergang, die Gefahr übergehen läßt, ohne daß der Erwerber zugleich den Besitz erworben hat, so erscheint das deshalb als richtig, weil das Eigentum die unumschränkteste Herrschaft einer Person über eine Sache ist, folglich auch die tatsächliche Herrschaft gewissermaßen mit umfaßt. Ist der Käufer also Eigentümer, so ist es seine Sache, zu sehen, wie er in den Besitz kommt. Denn ist er Eigentümer geworden, so wird es ihm doch auch leicht sein, den Besitz zu erlangen, umsomehr, als der Verkäufer dem Käufer beim Besitzerwerb wohl kaum noch Schwierigkeiten entgegensetzen wird, nachdem er vorher in den Eigentumserwerb gewilligt hat. An der Besitzverschaffung kann der Käufer jetzt durch weiter nichts

als durch Untergang des Grundstücks gehindert werden[1]). Das BGB. ist hier einfach dem Grundsatz: casum sentit dominus gefolgt, und gerade der Umstand, daß das Gesetz bei Grundstücken die Gefahr mit der Eintragung übergehen läßt, spricht mehr für die Auffassung, daß bei beweglichen Sachen unter Übergabe im § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. eigentumsverschaffende Übergabe zu verstehen ist. Denn der entsprechende Akt, der, wie bei den Immobilien die Eintragung, die sachenrechtliche Einigung nach außen hin gewissermaßen in Erscheinung treten läßt, ist bei beweglichen Sachen die Übergabe. Wenn nun andererseits § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. reine Übergabe ohne Eigentumsverschaffung für den Gefahrübergang bei Grundstücken genügen läßt, so ist darin allerdings eine Ausnahme von der sonstigen Regelung der Gefahrfrage beim Kauf, wie auch bei den gegenseitigen Verträgen überhaupt zu sehen. Es liegt aber eine Ausnahmeregelung vor, die nur für Grundstücke gilt. Für sie also ist § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. von den allgemeinen Prinzipien des § 323 BGB. abgewichen, nicht aber hat es das Gesetz überhaupt, d. h. auch für Mobilien getan, wie das Martinius[2]) anzunehmen für nötig hält. Diese Ausnahmeregelung entspricht einfach der Notwendigkeit des Verkehrs, da es häufig vorkommt, „daß der Verkäufer ohne sein Verschulden oft nicht in der Lage ist, die Auflassung vorzunehmen, etwa weil er seine Legitimation noch nicht erbringen kann, oder weil materiell nicht mehr bestehende Beschränkungen zuvörderst im Grundbuch zu beseitigen sind“[3]). So leuchtet die Annahme mehr ein, daß das Gesetz für einen einzelnen Fall eine besondere Regelung im Interesse des

1) Vgl. Kisch, § 8 γ, S. 63.
2) a. a. O., S. 53.
3) So Oertmann, a. a. O.

Verkehrs und gemäß der Eigenart des Gegenstandes getroffen hat, als diejenige, daß das Gesetz mit einem Prinzip gebrochen hat, das es vorher aufgestellt hat. Es liegt gar keine Notwendigkeit zu der Annahme vor, daß das Gesetz bei Mobilien von seinen allgemeinen Grundsätzen abgewichen sei. Solange wie es irgend möglich ist, wird ein Gesetz stets seinen Prinzipien treu bleiben. Martinius [1]) selbst meint de lege ferenda, man hätte besser daran getan, dem Käufer einer beweglichen Sache die Gefahr erst mit eigentumsverschaffender Übergabe aufzubürden. Zu diesem Ergebnis kommt man aber schon de lege lata, wenn man von den Prinzipien ausgeht, die das Gesetz bei der Regelung der Gefahrfrage beherrschen. Soweit sich bei Anwendung der Prinzipien befriedigende Resultate ergeben, ist das ein Beweis dafür, daß sie nicht durchbrochen sind. Wenn Kahn [2]), Kommentar der Reichsgerichtsräte [3]) und Stern [4]) meinen, daß die konsequente Durchführung dieses Grundsatzes beim Verkauf einer gestohlenen Sache, nach Stern außerdem noch beim aufschiebend bedingten Kauf zu merkwürdigen Folgerungen führe, und daß deshalb § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. nicht eigentumsverschaffende Übergabe gemeint haben könne, so ist das nicht imstande, den soeben entwickelten Grundsatz zu erschüttern. Diese Schriftsteller begehen dabei den Fehler, daß sie zur Beweisführung einen zum mindesten nicht die Regel bildenden Fall heranziehen. Richtigerweise geht man am besten stets vom Regelfall aus und sucht dafür ohne Rücksicht auf Sonderfälle ein Prinzip festzustellen.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der Umstand,

1) a. a. O., S. 65, V.
2) a. a. O.
3) Anm. 3 zu § 433 BGB.
4) a. a. O., § 1 α II, 1 a, S. 3.

daß § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. bei Grundstücken die Gefahr schon mit der Besitzverschaffung übergehen läßt, noch nicht darauf schließen läßt, daß reine Besitzübergabe auch schon für den Gefahrübergang bei beweglichen Sachen genügend ist. Denn die Übergabe spielt naturgemäß bei Grundstücken eine andere Rolle als bei Mobilien. Eher spricht § 446 Abs. 2 BGB. dafür, daß § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. für Fahrnis eigentumsverschaffende Übergabe gemeint hat.

Die Anhänger der Ansicht, daß unter Übergabe nur Besitzverschaffung zu verstehen sei, berufen sich unter Bezugnahme auf die Materialien zum BGB. zum Teil auch darauf, daß mit der rein körperlichen Übergabe dem Verkäufer die Möglichkeit der Überwachung genommen, und daß es daher billig sei, dem Käufer die Gefahr aufzubürden [1]). Daß das Gesetz bei Regelung der Gefahrfrage von diesem Gedanken nicht ausgegangen sein dürfte, ist bereits oben im § 4 dieser Arbeit näher ausgeführt.

Wenn Düringer-Hachenburg [2]) sich für seine Annahme weiter auf die Motive und die Denkschrift zum BGB. beruft, so ist darauf zu erwidern, daß besonders die Denkschrift zu dieser Auffassung keinen Anlaß gibt. Aus der Denkschrift läßt sich eher das Gegenteil schließen, wenn sie S. 60 sagt: „bei dem Verkaufe beweglicher Sachen geht, den allgemeinen Grundsätzen des § 317 entsprechend, die Gefahr der Regel nach mit der Übergabe der Sache auf den Käufer über." Da die allgemeinen Grundsätze nun dahin gehen, daß der Gefahrübergang dem deutschen Recht entsprechend bei den gegenseitigen Verträgen an die Erfüllung geknüpft wird, so kann daraus nur folgen, daß

1) So Martinius, a. a. O., S. 53; Düringer-Hachenburg, a. a. O.
2) a. a. O.

§ 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. den Gefahrübergang an die eigentumsverschaffende Übergabe geknüpft wissen will. Denn erfüllt ist beim Verkauf beweglicher Sachen gemäß § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB. nur mit der Übergabe, die zugleich Eigentum verschafft.

Endlich spricht auch die historische Grundlage des § 446 BGB. dafür, daß hier unter Übergabe bei beweglichen Sachen Eigentumsverschaffung zu verstehen ist. Nach den Motiven zum ersten Entwurf[1]) ist der Standpunkt des BGB. beim Gefahrübergang derjenige des älteren deutschen Rechts, sowie der des pr. A. L. R. I, 11, §§ 95, 100. Das ältere deutsche Recht, sowie das A. L. R. a. a. O. gingen beide von dem Standpunkte aus, daß der Eigentümer die Gefahr sowohl bei Mobilien wie bei Immobilien zu tragen habe. Folglich ging die Gefahr auf den Käufer „erst durch die Tradition, erst durch den Akt, welcher den Anspruch des Käufers auf die Sache realisiert und sie in das Vermögen des Käufers bringt", über[2]). Da nun das Gesetz sich im Gegensatz zum römischen Recht dem deutschen Recht angeschlossen hat, so weist auch dieser Umstand darauf hin, daß unter „Übergabe" in § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. eigentumsverschaffende Übergabe zu verstehen ist.

Wenden wir unser soeben gefundenes Ergebnis auf den Kauf unter Eigentumsvorbehalt an, so ergibt sich, daß die Gefahr beim Verkäufer geblieben ist. Denn die Übergabe ist beim Eigentumsvorbehalt nicht zwecks gegenwärtiger, sondern zwecks zukünftiger Erfüllung des Kaufvertrages geschehen[3]). Daher kann nach den Prinzipien, die für die

1) Bd. II zu § 368 (jetzt § 323 BGB.), S. 205.

2) Stobbe, § 6, III, S. 279; vgl. Suarez in den Kamptzschen Jahrbüchern, Bd. 41, S. 167 ad Tit. XI, § 95 sqq.

3) Vgl. R. G., Bd. 64, S. 337.

gegenseitigen Verträge im allgemeinen und auch, wie wir gesehen haben, für den Kauf gelten, die Gefahr noch nicht auf den Käufer übergegangen sein. Erfüllt ist der Kaufvertrag erst mit dem Bedingungseintritt, d. h. erst in dem Augenblicke, in dem die letzte Rate des vereinbarten Kaufpreises gezahlt worden ist[1]).

§ 9. Entspricht das im § 8 der Arbeit gefundene Ergebnis der Billigkeit und wie verhält es sich zu dem im § 446 Abs. 1 Satz 2 BGB. ausgesprochenen Prinzipe: cuius est periculum, eius est commodum?

M. E. kann man von dem im vorigen Paragraphen gefundenen Ergebnis nicht sagen, es widerspreche der Billigkeit. Denn wollte man, wie es viele Schriftsteller tun, bei der Gefahrfrage beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt vom Standpunkte der Billigkeit allein ausgehen, so ist es schwer, überhaupt zu einem Ergebnis zu kommen. Es ist ebensowenig richtig, wie es z. B. das Reichsgericht in seinem Bd. 66 S. 349 tut, zu sagen, man müsse davon ausgehen, daß der Eigentumsvorbehalt lediglich zugunsten des Verkäufers vereinbart sei, wie das Gegenteil, daß der Eigentumsvorbehalt nur im Interesse des Käufers liege. Wenn z. B. Kisch, der sonst auf dem im vorigen Paragraphen entwickelten Standpunkte steht, sagt, der Käufer müsse die Gefahr beim Kauf unter Eigentumsvorbehalt deshalb tragen, „weil lediglich seine Säumigkeit in der Begleichung der Kaufsumme die Ursache ist, daß der verschobene Eigentumsübergang nicht früher erfolgte“[2]), so ist das nicht richtig.

1) So auch Planck, Anm. 2 zu § 455 BGB.; Oertmann, Anm. 5 zu § 455 BGB.; Dernburg, Bd. II, § 17, Anm. 11.

2) Kritische Vierteljahrsschr. Bd. 44, S. 554.

Denn einmal liegt überhaupt keine Säumigkeit vor, da ja der Kaufpreis gestundet ist. Sodann zeugt dieser Satz von einer nicht richtigen Auffassung des Kaufs unter Eigentumsvorbehalt. Es handelt sich hier um eine nationalökonomische Erscheinung, mit der sich das Recht abzufinden hat. Der Eigentumsvorbehalt wird in der Regel zu Sicherungszwecken bei Kreditgeschäften geschlossen. Damit ist beiden Teilen geholfen, der Käufer bekommt außer der Benutzungsbefugnis Kredit, der Verkäufer hat zu seiner Sicherheit das dingliche Recht. Weiter entspricht die Ratenzahlung meist den Wünschen beider Parteien. „Dem Käufer gewährleistet sie eine Zahlungsweise, wie sie der Natur seiner periodisch fließenden Einkünfte angemessen ist, und der Verkäufer wird sie natürlich dem Zustande vorziehen, in welchem er mit der ganzen Kaufsumme auf einen entlegenen Termin zu warten genötigt ist“ [1]). Man sieht also, Licht und Schatten ist auf beiden Seiten gleich verteilt und von einer Säumigkeit des Käufers wird wohl kaum die Rede sein können. Zugleich beweist das soeben Angeführte, daß man von dem Grundsatze der Billigkeit allein kaum ausgehen kann, um die Gefahrfrage beim Eigentumsvorbehalt beantworten zu können. Es bleibt also, wie bereits erwähnt, nichts weiter übrig, als das Prinzip des § 446 Abs. 1 Satz 1 BGB. auf den Eigentumsvorbehalt anzuwenden.

Auffallend ist bei diesem Ergebnis anscheinend nur, daß hier der Verkäufer die volle Gefahr zu tragen hat, während dem Käufer sämtliche Nutzungen der Sache zukommen, daß also mit dem im § 446 Abs. 1 Satz 2 BGB. ausgesprochenen Prinzipe: cuius est periculum, eius est commodum gebrochen zu sein scheint. Diese Erscheinung beruht aber ge-

1) So Cohen, in Grünhuts Zeitschr. Bd. 21, S. 717.

rade auf der eigenartigen Natur und dem Zwecke des unter Eigentumsvorbehalt geschlossenen Kaufvertrages. Denn das Wesen dieses Rechtsinstituts besteht gerade darin, daß eine bewegliche Sache dem Käufer zunächst nur zur Benutzung überlassen wird, während die Eigentumsübertragung, d. h. die Erfüllung, wie wir gesehen haben, erst in der Zukunft vor sich gehen soll [1]).

Daß also der Käufer schon alle Vorteile, die der Kaufgegenstand gewährt, genießt, beruht darauf, daß ihm die Sache zur Benutzung, nicht darauf, daß sie ihm zur Erfüllung einer gewöhnlichen kaufrechtlichen Verpflichtung übergeben worden ist. Es mag dahingestellt bleiben, ob Eccius [2]) recht hat, wenn er sagt, der Käufer genieße in diesen Fällen die Nutzungen nicht als Käufer, sondern deshalb, weil er auf Grund eines besonderen mit dem Kaufvertrage verbundenen Gebrauchsüberlassungsvertrages den Besitz der Sache erlangt habe. Jedenfalls ist der Zweck, zu dem hier der Kaufgegenstand übergeben wird, ein ganz anderer als derjenige, den die Parteien beim gewöhnlichen Kauf durch die Übergabe erreichen wollen, und der vom § 446 BGB. als Voraussetzung für den Gefahrübergang auf den Käufer gefordert wird. Darauf aber, zu welchem Zwecke beim Kaufvertrage die Übergabe erfolgt ist, kommt es, wie wir im Laufe der Arbeit mehrfach gesehen haben, gerade an.

Wir kommen also zu dem Ergebnis, daß der im § 446 Abs. 1 Satz 2 BGB. ausgesprochene Grundsatz im vorliegenden Falle nicht durchbrochen ist.

---

1) Vgl. Cohen, a. a. O.; R. G. Bd. 64 a. a. O.
2) In Gruchots Beitr. Bd. 41, S. 884.